Handschenkungen an Kinder nach Bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans-Georg Hornemann
Gerichtsassessor aus Deetz a. d. Havel

Marburg 1933

Handschenkungen an Kinder nach Bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans-Georg Hornemann
Gerichtsassessor aus Deetz a. d. Havel

Marburg 1933

Druck: Buchdruckerei Kurfürst, Berlin W 35, Kurfürstenstr. 37

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 14. November 1932.

Berichterstatter: o. Professor der Rechte Dr. A. Manigk.

R UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhalts-Übersicht.

Seite

I. Abschnitt: Allgemeines.

§ 1. Begriff der Handschenkung. 1 — 4

§ 2a. Die Handschenkung als Vertrag. 4 — 6

§ 2b. Kein Schuldvertrag, — die Parteien geben durch ihre vertragliche Willenseinigung der Zuwendung ihren Rechtsgrund als Schenkung. 6 — 8

§ 3. Als Vertrag bedarf die Handschenkung der Annahme durch den Schenkungsempfänger. — Annahme durch Willenserklärung oder im Wege des § 151 BGB. 9—10

§ 4. Annahme durch Willenserklärung. — Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung. — Begriff und Wesen der Willenserklärung, Kundgebungszweck und Zugangserfordernis. — Bestimmt und unbestimmt adressierte Willenserklärungen, § 130 BGB. — Die Vertragsannahme als bestimmt adressierte Willenserklärung. 11—15

§ 5. Annahme nach § 151 BGB. — Streit über ihre Rechtsnatur. — Keine stillschweigende „nicht empfangsbedürftige" Willenserklärung. — Eine „Willensbetätigung" oder ein „Willensgeschäft". — Rechtsgeschäftliche Natur. 16—20

II. Abschnitt: Handschenkung an Kinder, das obligatorische Grundgeschäft.

§ 6. Der Begriff des „Kindes" und seine Rechtsstellung in historischer Entwicklung, — §§ 131, 105 Abs. I BGB. — Absolute Wirkung des § 105 Abs. I BGB. — § 105 Abs. I BGB. analog anwendbar auf § 151 BGB. 21—23

I. Teil: Die Handschenkung an Kinder von dritter Seite.

§ 7. Die gesetzliche Vertretung des Kindes. § 131 BGB., passive Stellvertretung. — Begriff und Wesen der Stellvertretung. Der rechtsgeschäftliche Vertretungswille des Vertreters. § 164 BGB. 24 —27

§ 8. § 164 BGB. analog anwendbar auf das Willensgeschäft des § 151 BGB. Keine Geltung des Offenheitsprinzips. 28—30

II. Teil: Die Handschenkung an Kinder von des gesetzlichen Vertreters Seite. —

§ 9. Der Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst. — Streit über seine Rechtsnatur. — Wahrer Vertrag. 31—38

§ 10. Rechtspolitische Bedenken gegen die Zulassung des Selbstkontrahierens. — 38—42

§ 11. Die Stellung des BGB. zur Frage der Schenkung des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind. — Die herrschende Lehre schließt im Wege des § 181 BGB. auf 42—47

die Unzulässigkeit. — Ein unannehmbares Ergebnis selbst unter Anerkennung der Heilungsmöglichkeit nach § 177 BGB. — Seite

§ 12. Unser Weg: die Gestattungsausnahme des § 181 BGB. — Auch für den gesetzlichen Vertreter genügt eine unzweifelhaft aus den Umständen hervorgehende Gestattung. — Auslegung der Vorschrift des § 181 BGB. und zu diesem Zweck Suchen nach der ratio. 47—48

§ 13. Die ratio des § 181 BGB. liegt in der Verhinderung einer Interessenkollision und einer aus ihr entspringenden Benachteiligungsgefahr für den Vertretenen. — Entwurf I und II. 48—51

§ 14. Die Unzulässigkeit der Vertretung gegen sich selbst bedarf als Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatz einer engen Auslegung aus dem von ihr verfolgten Zweck. — Keine Benachteiligungsgefahr bei der Annahme einer nicht mit Auflagen beschwerten Schenkung, § 107 BGB. — Verwandtschaft zwischen §§ 107 und 181 BGB. — Gleiche ratio zwingt zum gleichen Ergebnis. 51—55

III. Abschnitt: Handschenkung durch Übergabe an Kinder, das dingliche Vollzugsgeschäft des § 929 BGB.

I. Teil: Die Einigung.

§ 15. Die dingliche Einigung als Vertrag. — Anwendbarkeit der §§ 151, 105, 131, 164 ff., 181 BGB. — Widerlegung der Ansicht Wunderlichs. — Auch die Annahme der dinglichen Übereignungsofferte fällt unter § 107 BGB. 55—59

II. Teil: Die Übergabe der Sache von dritter Seite.

§ 16a. Übergabe = Besitzverschaffung. — Besitzerwerb als Rechtshandlung, Besitzerwerbsfähigkeit also tatsächliche Fähigkeit. — Beim dreijährigen Kind hinsichtlich seiner Spielsachen vorhanden. — „Persönlicher Auseinanderfall" von animus und corpus beim Realgeschäft. 60—62

§ 16b. Das erwerbende Kind ist besitzerwerbsunfähig. — §§ 164 ff. BGB. auf Besitzerwerb als Rechtshandlung nicht anwendbar. — Besitzerwerb durch Dritte im Sachenrecht geregelt. — § 858 BGB. scheidet aus. — § 868 BGB. Mittelbarer Besitz als wahrer Besitz. — Voraussetzungen des mittelbaren Besitzerwerbs durch das Kind. 62—66

III. Teil: Die Übergabe der Sache von seiten des gesetzlichen Vertreters an das besitzerwerbsunfähige Kind.

§ 17. § 930 BGB. — Erfordernis einer zumindest mittelbaren Vereinbarung der Parteien über das Rechtsverhältnis. — Unfähigkeit des Kindes zur Mitwirkung bei dieser Vereinbarung. — Auftreten des Vertreters als Selbstkontrahent. — Mittelbarer Besitzerwerb als rechtlich lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft im Sinne des § 107 BGB. 66—68

IV. Abschnitt: Ergebnis.

§ 18. Zulässigkeit der Schenkung des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind. — Möglichkeit der Ausnutzung kein Grund für Unzulässigkeit. — Schutzmaßregeln in § 138 BGB. und dem Anfechtungs-Gesetz. 69—70

Literaturverzeichnis.

Arlt, Vermögensübertragungen der Eltern an Kinder durch Begründung und Übertragung von Sparkassenguthaben, in „Deutsches Steuerblatt" 1919, 2. Jahrg.

Bading, Die Willenserklärung und ihr Verhältnis zu Irrtum und Dissens. Jenenser Dissertation, Borna-Leipzig 1910.

Badische Rechtspraxis. 14. Jahrg. 1912.

Bauer-Mengelberg in der Juristischen Wochenschrift. 1931.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. II. Erlangen. 1884.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I. Berlin. 1896.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. II. Weimar. 1889.

Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. I. Allgemeine Lehren und Personenrecht. Berlin. 1908.

— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch III: Sachenrecht. 3. Auflage. Berlin. 1914.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben. Teil I. Leipzig 1901.

Bodenheim, Vom Selbstkontrahieren des gesetzlichen Vertreters, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. Bd. 75. 1910.

Boehm, Das sogenannte Selbstkontrahieren des Vertreters. Greifswalder Dissertation. Greifswald. 1903.

Boehmer, Realverträge im heutigen Rechte. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 38. 1913.

Boeckelmann, Über die Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich zu der Frage des Selbstkontrahierens des Stellvertreters im Vergleich zum römischen und gemeinen Recht. Erlanger Dissertation. Magdeburg. 1898.

Breit, Die Geschäftsfähigkeit. Leipzig. 1903.

Brodmann, Die Handelsgeschäfte, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV. II. Abteilung. Leipzig. 1918.

Brütt, Die abstrakte Forderung. Berlin. 1908.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen. 1910.

Burckhard, Über Schenkungsannahme. Würzburg. 1892.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Bd. I. Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. 8. Aufl. Jena. 1927.
Bd. II, 1. Abt. Sachenrecht. 7./8. Aufl. Jena. 1924.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
Bd. I. Einleitung und Allgemeiner Teil. Tübingen und Leipzig. 1900.
Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig. 1902.
Bd. III. Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen. 1905.

Danz, Sind alle Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken nichtig? In der Juristischen Wochenschrift 1913.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. Berlin. 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht.
Bd. I. Die allgemeinen Lehren. 3. Aufl. Halle/Saale. 1906.
Bd. II. Die Schuldverhältnisse. 2. Abt. 4. Aufl. Halle/Saale. 1915.
Bd. III. Das Sachenrecht 4. Aufl. Halle/Saale. 1908.
— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts.
Bd. I. Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht. 5. Aufl. Halle/Saale. 1894.
— Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie. 2. Aufl. Berlin. 1876.

Dietrich, Handgeschäfte, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 48. 1904.

Dittenberger, Der Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen. Berlin. 1903.

Dreist, Kann der Vertreter eines anderen nach gemeinem Recht und nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit sich selbst kontrahieren? Erlanger Dissertation. Borna-Leipzig. 1904.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch. Bd. IV. 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig. 1932.

Eck, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 39. 1891.

Eckstein, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur Realschenkung, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 107. 1911.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung. Berlin. 1893.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit. Bd. I. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Bd. I. Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. Berlin. 1903.
Bd. II. 1. Abt. Sachenrecht. 8./9. Aufl. Berlin. 1905.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Bd. I. Marburg. 1888. Bd. II. Marburg. 1889.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Bd. I. Einleitung, Allgemeiner Teil, 13. Bearb. von Nipperdey. Marburg. 1931.
Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearb. von Lehmann. Marburg. 1930.
Bd. III. Das Sachenrecht, 8. Bearb. Marburg, 1929.
Bd. IV. Familienrecht, 7. Bearb. Marburg. 1931.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 6, 7, 11, 41, 43, 51, 56, 63, 66, 67, 68, 71, 79, 84, 89, 94, 98, 103, 108, 111.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. 3. Jahrgang. 1910; 14. Jahrg. 1921.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 56. 1912.

Entscheidungen des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift 1915, 1922, 1924.

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts in „Deutsches Steuerblatt" 1919, 2. Jahrg.

Ewald, Zum Eigentumserwerb der Frau vom Manne. (§ 930 BGB.), in der Juristischen Rundschau 1925. Bd. I. (Aufsätze).

Förtsch, Sind nach dem Rechte des BGB. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen? In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 43. 1899.

Freund, Die stillschweigende Vertragsannahme, § 151 BGB. Breslauer Dissertation. Breslau. 1899.

Fritze, Die stillschweigende Willenserklärung. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 14. 1898.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht.
Bd. I. Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig. 1895.
Bd. II. Sachenrecht. Leipzig. 1905.
Bd. III. Schuldrecht. München und Leipzig. 1917.

Glück, Kommentar über die Pandekten. Teil 30, 1. Abt. Erlangen. 1828.

Hachenburg, Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz. Bd. II. 5. Aufl. Berlin-Leipzig. 1927.

von Hahn, Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 29. 1884.

Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 56. 1910.

Heck, Grundriß des Schuldrechts. Tübingen. 1929.

Hedemann, in Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 31. 1908.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Allgemeiner Teil. Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen. 1897.

— Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Rechte. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 42. 1901.

Henle, Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung. Leipzig. 1910.

Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. Bd. I. Leipzig 1885.

Himmelschein, Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft in Hoenigers Abhandlungen zum Bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht, Heft 4. Mannheim, Berlin, Leipzig. 1930.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.

Hoeniger, Kann der Generalbevollmächtigte im Namen des Vertretenen für seine eigene Schuld bürgen? In der Deutschen Juristen-Zeitung. 1910.

Huther, Auflassung eines Vertreters an sich selbst. In der Deutschen Juristen-Zeitung. 1899.

Hupka, Die Vollmacht. Leipzig. 1900.

Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 56. 1910.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 45. 1914.

Jeroschewitz, Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Königsberger Dissertation. Kötzschenbroda. 1920.

Isay, H., Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 44. 1902.

Jung, E., Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Tübingen. 1907.

von Keller, Pandekten. Leipzig. 1861.

Kieckebusch, Schenkung. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Stier-Somlo und Elster. Bd. V. Berlin und Leipzig. 1928.

Kipp, Vortrag im 44. Jahresbericht der Juristischen Gesellschaft zu Berlin. 1902/03.

Klein, Peter, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Berlin 1905.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Jena. 1900.

Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht. Mannheim. 1883.

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgemeiner Teil. Berlin. 1906. Bd. II. Vermögensrecht, 1. Teil: Schuldrecht. Berlin. 1906.

— Vertrag und Übergabe. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 18. 1900.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7. Aufl. Berlin und Leipzig. 1929
Bd. I. Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse (allgemeiner Teil).
Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse (einzelne Schuldverhältnisse).
Bd. III. Sachenrecht.

Kößler, Geldwechsel und Eigentum. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 36. 1892.

Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. I. Wien 1895.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 101. 1907.

Last, Fragen der Besitzlehre. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 63. 1913.

Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Berlin und Leipzig. 1928.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 36. 1896.

Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. München und Leipzig. 1929.

— Auslegung und Auslegungsnormen. Marburg. 1917.

— Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig. 1899.

Leonhard, Rudolf, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin. 1900.

— Der Irrtum bei nichtigen Verträgen. Teil I. Berlin 1882.

Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs. Stuttgart. 1883.

Lotmar, Über causa im römischen Recht. München 1875.

Liebisch, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden. Leipzig. 1927.

Manigk, „Auslegung". Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Stier-Somlo und Elster. Bd. I. Berlin und Leipzig. 1926.

— „Formalismus und Freirechtsschule". Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Stier-Somlo und Elster. Bd. II. Berlin und Leipzig. 1927.

— „Schuldverhältnisse (Obligationenrecht)". Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Herausgegeben von Stier-Somlo und Elster. Bd. V. Berlin und Leipzig. 1928.

— Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau. 1901.

— Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 75. 1925.

— Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen. In der Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts.

Bd. VI. Berlin und Leipzig. 1929.
— Irrtum und Auslegung. Berlin. 1918.
— Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin. 1907.
— Zum Begriff des Rechtsgeschäfts. In der Deutschen Juristen-Zeitung. 1902.
— Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 83. 1933.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6./7. Aufl. Berlin. 1914.

Meissels, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 18. 1891.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. Wien. 1885.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig. 1888.
Bd. I. Allgemeiner Teil; Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse; Bd. III. Sachenrecht; Bd. IV. Familienrecht.

Muskat, Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht,. Bd. 33. 1887.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Buch, Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1927; II. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt. 5. Aufl. Berlin. 1928; 2. Abt. 5. Aufl. Berlin. 1929.

Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Marburger Dissertation. Berlin. 1904.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. Berlin.

Planck-Flad, Bd. I. Allgemeiner Teil. 1913.

Planck-Siber, Bd. II. 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). 1914.

Planck-Flad, Bd. II. 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil). Berlin und Leipzig. 1928.

Planck-Strecker, Bd. III. Sachenrecht. Berlin und Leipzig. 1920.
— — Bd. IV. Familienrecht. 3. Aufl. Berlin. 1906.

Predari, Zwei Fragen aus dem Gebiet des Geschäftsschlusses in sich selbst. (§ 181 BGB.) In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 63. 1919.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs:
Bd. I. Allgemeiner Teil, Das Recht der Schuldverhältnisse, Abschn. 1, Abschn. 2, Tit. I. Berlin. 1897.
Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. Abschn. 2. Tit. 2—20; Abschn. 3, 4. Berlin. 1898.
Bd. III. Sachenrecht. Berlin. 1899.
Bd. IV. Familienrecht. Berlin. 1897.

Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 50. 1906.

Rabel, Streifgänge im schweizerischen Zivilgesetzbuch. In der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht. Jahrgang. IV. 1912.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 4, 8, 22, 28.

Regelsberger, Pandekten. Bd. I. Leipzig. 1893.
— Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 44. 1902.

Reichel, Schenkungen unter Ehegatten. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 52. 1908.
— Zum Schenkungsrecht. In der Festgabe der rechts-, staats- und handelswissenschaftlichen Fakultät zur Einweihungsfeier der Universität Zürich. 1914.
Römer, Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich selbst. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 19. 1874.
Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 93. 1902.
— Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Freiburg i. B. 1888.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege. Bd. 3. 1908.
Salmann, Die duplex persona im Handels-, See- und Wechselrecht. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 41. 1893.
Samson, Das sogenannte Selbstkontrahieren nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Erlanger Dissertation. Neumünster. 1901.
Savigny, Das Obligationenrecht. Bd. II. Berlin. 1853.
— System des heutigen römischen Rechts. Bd. III. Berlin. 1840; Bd. IV. Berlin. 1841.
Schaps, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 43. 1895.
Schloßmann, Der Vertrag. Leipzig. 1876.
— Die Lehre von der Stellvertretung. Bd. I. Leipzig. 1900.
— Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 45. 1903.
Schneider, Die Bedeutung der ausdrücklichen Willenserklärung und ihr Gegensatz zur Willensbetätigung. In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 42. 1916.
Schöninger, Die Leistungsgeschäfte. Tübingen. 1906.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Bd. II. 6. Aufl. Berlin und Leipzig. 1922.
Schultze, Findet die kurze Verjährung des § 477 BGB. auch auf den aus allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, insbesondere aus § 276 dem Käufer wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung der Kaufsache zustehenden Schadensersatzanspruch Anwendung? In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 30. 1907.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 64. 1909.
Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 70. 1921.
Siebert, Kann nach gemeinem Recht der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren? Erlanger Dissertation. Frankfurt/Oder. 1896.
Sprinz, Das Selbstkontrahieren des Vertreters. Erlanger Dissertation. Berlin. 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig.
Staudinger-Riezler, Bd. I. Allgemeiner Teil. 1925.
Staudinger-Werner, Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. I. Teil. 1930.
Staudinger-Kober, Bd. II Recht der Schuldverhältnisse. II. Teil. 1928.
— — Bd. III. Sachenrecht. I. Teil. 1926.
Staudinger-Engelmann, Bd. IV. Familienrecht. II. Teil. 1926.
Stölzle, Erbschaftsteuergesetz 1925/1931. 2. Aufl. Leipzig. 1932.

Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft? In Kohlers Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 26. 1905.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 38. 1898.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. I. 6. Aufl. Leipzig 1879.

von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1. Hälfte. München und Leipzig. 1914. 2. Hälfte. München und Leipzig. 1918.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. I und Bd. II. 2. Aufl. Tübingen. 1930.

Wedemeyer, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen. Göttingen. 1904.

Weirauch, Die gemischte Schenkung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 48. 1904.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 92. 1902.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I und Bd. II. 9. Aufl. Frankfurt/Main 1906.

Wunderlich, Schenkungen des Gewalthabers an die seiner Gewalt Unterworfenen. Zur Auslegung des § 181 BGB. In der Juristischen Wochenschrift 1902.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig. 1879.

— Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Teil I. Berlin. 1889.

Neben den gebräuchlichen sind folgende besonderen Abkürzungen gewählt:

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin = Enneccerus, RG.

Bei Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. III und IV, ist der Name des Bearbeiters gesperrt gedruckt.

Hellmann, Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht = Hellmann, WE.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte = Manigk, RG.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft = Manigk, WE.

Die ohne Angabe des Herkunftsortes angeführten Paragraphen sind solche des BGB.

I. Abschnitt.

§ 1.

Die Schenkung ist im BGB. in die beiden Formen der Realschenkung und des Schenkungsversprechens gegliedert.

Beim Schenkungsversprechen als dem schenkweise erteilten Versprechen einer Leistung liegt die Schenkung schon im Versprechen, in der Begründung der Forderung. Das Schenkungsgeschäft kommt nudo consensu durch Annahme des Versprechens zustande, die Bewirkung der versprochenen Leistung erfolgt solvendi causa [1]).

Im Gegensatz hierzu wird bei der Realschenkung nach der Absicht der Parteien die Leistung nicht erst versprochen, sondern unmittelbar herbeigeführt. In diesem Sinne definiert § 516 die Realschenkung dahin:

> Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Erfordert somit der Tatbestand der Realschenkung neben der subjektiven Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung noch den Vollzug der Zuwendung selbst, so kann die Realschenkung kein rein voluntares Rechtsgeschäft in dem Sinne sein, daß die Wirkung lediglich um deswillen eintritt, weil sie gewollt ist. Der in objektiver Beziehung daneben noch erforderliche reale Vorgang, auf den sich die Einigung bezieht, stempelt die Realschenkung vielmehr zu einem „gemischten“ [2]) oder „zusam-

---

[1]) Lehmann in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, § 120, I, 1 a, S. 403; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 75, I, 2, S. 157; Jung, S. 63; Warneyer, Bd. I. § 516, I, S. 929; Dietrich, S. 222; Liebisch, S. 62; Eckstein, S. 387, 391 ff., 403; Crome, Bd. II, § 230, 1, S. 504.

[2]) Bekker, Bd. II, § 95, S. 92.

mengesetzten“ [3]) Rechtsgeschäft, zu einem „Realgeschäft“ [4]), insofern man mit uns unter einem solchen ein Rechtsgeschäft versteht, bei dem „zum animus resp. dessen Erklärung noch eine res oder ein factum als corpus, d. h. als äußere Handlung, hinzukommt“ [5]).

Wenn demgegenüber von verschiedenen Seiten behauptet wird, Realgeschäfte in diesem Sinne kenne unsere Rechtsordnung nicht mehr [6]), insbesondere für die Realschenkung Eckstein [7]) den Nachweis zu erbringen sucht, daß sie ebenso wie das Schenkungsversprechen ein gewöhnlicher Konsensualvertrag sei, so vermag seine Beweisführung nicht zu überzeugen. U. a. geht seine Argumentation fehl [8]), auf Grund der korrespondierenden Stellung der unentgeltlichen Schenkung zum entgeltlichen Kauf und der Verweisung, die im Schenkungsrecht in § 523 auf das Recht des Kaufs erfolge, müsse man — abgesehen von dem Moment der Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit — grundsätzlich auch von der inneren Gleichheit des konsensualen Kaufs und der Schenkung ausgehen. Das Gesetz geht im Gegenteil bei beiden Rechtsinstituten von entgegengesetzten Grundformen aus: Beim Kauf vom Versprechensgeschäft, — „durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet....“ —, bei der Schenkung dagegen stellt das Versprechensgeschäft nur einen Unterfall des allgemeinen Schenkungsinstituts dar, (vgl. §§ 516 und 518), geht das Gesetz grundsätzlich davon aus, daß die Leistung nicht versprochen, sondern unmittelbar bewirkt wird. —

Wenn Eckstein weiter die Realschenkung als ein sofort erfülltes Schenkungsversprechen auffaßt, die Schenkungsleistung als Erfüllung eines tatsächlich zwar gleichzeitigen, juristisch und logisch aber vorangegangenen obligatorischen Versprechens-

---

[3]) Lotmar, S. 26 ff.; Burckhard, S. 8, 9; Stöver, S. 157 ff.

[4]) Enneccerus, RG. Bd. I, S. 304, Bd. II, S. 503; Regelsberger, Pand. § 135, VII, S. 492; Manigk, RG. S. 31, N. 1, S. 192; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 50, II, 2, S. 149; Eltzbacher, Bd. I, S. 122, N. 3; Ortlieb, S. 3. — Sie teilt diese Natur u. a. mit der Schuldleistung, bei der zu dem Willen, solvendi causa zu leisten, die Leistung selbst hinzukommen muß, mit dem Darlehn, bei dem die Verpflichtung zur Rückerstattung neben dem diesbezüglichen Parteiwillen die Hingabe der res voraussetzt und, worauf wir noch im III. Abschnitt zurückkommen werden, mit der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen, bei der auch die Willenseinigung allein zur Wirksamkeit nicht ausreicht, vielmehr daneben als corpus noch die Verschaffung des Besitzes gefordert wird. Vgl. Ortlieb, S. 3, mit N. 3; Manigk, RG., S. 193/194; Enneccerus, RG. Bd. I, S. 303, Bd. II, S. 503.

[5]) Manigk, RG., S. 31, N. 1 i. Verb. m. S. 25, N. 1, S. 127, 192.

[6]) Boehmer, S. 314 ff.; Heck, § 80, 7, S. 247 ff.

[7]) Eckstein, S. 287 ff.

[8]) Eckstein, S. 399 ff.

geschäfts ansieht[9]), so wird diese Auffassung der Sachlage nicht gerecht[10]): die Leistung des § 516 Abs. I erfolgt nicht, „weil ich geschenkt habe, sondern um zu schenken“[11]).

Hierin unterscheidet sich die Realschenkung vom Realkauf. Erfolgt auch bei diesem äußerlich lediglich ein unmittelbarer Güteraustausch, so wird hier doch das Eigentum übertragen, weil verkauft worden ist.

Bei der Realschenkung dagegen stellt sich die reale Leistung, das Schenkungscorpus nicht als Erfüllung eines Schenkungsversprechens dar, sondern ist selbständiges Tatbestandselement des Geschäfts neben dem animus und Bestandteil der Realschenkung selbst.

Animus und corpus führen nur zusammen zur Realschenkung[12]). Damit ist nicht gesagt, daß beide untrennbar miteinander verbunden sein müssen. Im Gegenteil besteht u. a. die Möglichkeit des zeitlichen Auseinanderfalls von Wille und Realerfordernis[13]). Das corpus kann mit dem animus zeitlich zusammenfallen, braucht es aber nicht.

Es kann ihm in der Zeit auch vorausgehen — § 516 Abs. II — oder nachfolgen, ohne daß damit der Schenker eine rechtliche Verpflichtung zum Vollzug der Schenkung einzugehen, ein Schenkungsversprechen verbunden zu sein braucht[14]).

Fallen aber animus und corpus zeitlich zusammen, dann sprechen wir von einer Handschenkung, da sich in diesem Falle die ganze Schenkung mit Leistung und Willensmoment gleichzeitig unmittelbar von Hand zu Hand vollzieht. Ist somit für uns die Handschenkung der im zeitlichen Zusammentreffen von Wille und Leistung bestehende Spezialfall der Realschenkung, welch letztere wir als Gesamtbegriff dem Schenkungsversprechen mit seiner vorhergehenden Verpflichtung zur Leistung gegenüberstellen, so lehnen wir den Handschenkungsbegriff in der Bedeutung, die er sonst noch in der Wissenschaft findet, ab. Bezeichnet man, wie es überwiegend geschieht, mit Handschenkung die Realschenkung

---

[9]) Eckstein, S. 387 ff.; so auch u. a. Schloßmann, Vorvertrag, S. 49 ff: In Wirklichkeit liege auch in diesen Fällen stets ein nur sehr kurzes und kaum wahrnehmbares Zeitintervall zwischen der Abrede und der Besitzänderung vor. Beide fielen so wenig zusammen wie der Taktschlag des Kapellmeisters und das durch ihn geleitete Spiel des Orchesters.

[10]) Ablehnend auch: Dietrich S. 221; Otto Gierke, Bd. 3, § 191, II, S. 418; Horn, S. 100 ff.; Burckhard, S. 10; Jung S. 63; F. Leonhard, Schuldrecht, § 131, S. 288.

[11]) Windscheid-Kipp, Bd. II, § 366, N. 1, S. 552.

[12]) So schon L. 3 § 1 D. de obligat. et action. (44,7).

[13]) Über die Möglichkeit des „persönlichen Auseinanderfallens“ von Wille und Realerfordernis s. im III. Abschnitt, § 16 a, S. 62.

[14]) Liebisch, S. 58.

als solche, so tritt die Gleichzeitigkeit von Leistung und Willensmoment, die allein das Bild des Aus-der-Hand-Gebens zum Ausdruck bringt, im Gegensatz zur sukzessiv zustande kommenden Realschenkung nicht scharf genug hervor. Bezeichnet man mit Handschenkung die besondere Realschenkung, welche die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen zum Gegenstand hat [15]), so scheint der Begriff zu eng gefaßt. Von Hand zu Hand im Sinne des uno actu-Vollzuges können auch Realschenkungen gehen, die z. B. eine Verbindung von Sachen zum Gegenstand haben. Deshalb bezeichnen wir die besondere Handschenkung, welche die Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen zum Gegenstand hat, und mit der wir uns als der häufigsten Art der Handschenkung im Folgenden ausschließlich beschäftigen, mit Rücksicht auf den nach § 929 durch Einigung und Übergabe erfolgenden Eigentumsübergang als Handschenkung durch Übergabe.

§ 2 a.

Das voluntare Tatbestandsmoment der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung stempelt die Handschenkung zu einem Vertrag [1]). Denn wir sind gewohnt, unter einem Vertrag entsprechend der Definition Ulpians in L. 1 § 2 D. de pactis (2,14) ein duorum pluriumve in idem placitum et consensus zu verstehen.

Und zwar ist die Handschenkung ohne Rücksicht auf die Rechtsnatur ihres corpus stets ein Vertrag. Das verkannte u. a. von Keller [2]), wenn er die Ansicht vertrat, die Schenkung sei, wenn sie, wie z. B. „unsere Handschenkung durch Übergabe", durch Tradition bewirkt würde, ein Vertrag, da dieses Rechtsgeschäft eben ein Vertrag sei. Es fänden sich aber auch solche Geschäfte, die keine Verträge zwischen Schenker und Beschenktem „involvieren", hier sei denn auch ganz gewiß in der Schenkung kein Vertrag zu finden. Savigny [3]) kam aus dieser Anschauung heraus sogar zu dem Schluß, daß auch in den Fällen, in denen wie bei der

---

[15]) z. B. Horn, S. 74; Matthiaß, § 112, I, A., S. 300.

[1]) Wunderlich, S. 284; Liebisch, S. 61; Horn, S. 94; Matthiaß, § 112, I. C., S. 300; Reichel, Festgabe, S. 110, 117; Heck, § 94, 3, S. 295; Cosack-Mitteis, Bd. I, § 200, III, 1 und 2, S. 617; Dernburg, Bd. II, 2, § 206, I, S. 159; Weirauch, S. 233; F. Leonhard, Schuldrecht, § 178, S. 364; Kieckebusch, S. 282/83; Oertmann, Bd. II, II, § 516, 5 b, S. 702; Staudinger-Kober, Bd. II, 2, § 516, II, S. 304; Planck-Flad, Bd. II, 2, § 516, 3, S. 777; Motive, Bd. II S. 288; Brodmann, § 5, S. 29; Stölzle, § 3, Anm. 18 ff., S. 107.

[2]) von Keller, § 65, S. 128.

[3]) Savigny, Bd. IV, § 160, S. 146.

Tradition die Schenkung als Vertrag erscheine, diese Eigenschaft nicht in ihrem Wesen als Schenkung begründet sein könne, sondern vielmehr in der besonderen Natur desjenigen Rechtsgeschäfts, durch das sie gerade bewirkt werde. All diese Lehren übersehen, daß die Rechtsnatur der Schenkung von der Natur ihres corpus unabhängig ist, daß allein die subjektive Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung diese erst zur Schenkung und die Schenkung zu einem Vertrage macht[4]). Diesen Grundsatz verletzt in neuerer Zeit auch Kohler[5]), indem er eine Unterscheidung zwischen der Schenkung mit vertragsmäßiger und nichtvertragsmäßiger Bereicherung trifft und letztere um deswillen für keinen Vertrag ansieht, „da hier die Zustimmung des Beschenkten nicht auf eine Rechtslage, sondern auf ein bereits fertiges Recht gebaut sei, so daß also auf das erste Recht hin ein zweites Recht entstehe". Beweis für diese „höchst merkwürdige Einengung des Vertragsbegriffs" tritt Kohler nicht an — wir stehen nicht an, mit Oertmann[6]) zu bezweifeln, daß ihm ein solcher auch kaum möglich sein wird.

Gegenüber der herrschenden Lehre leugnet auch Haymann[7]) die Vertragsnatur der Schenkungseinigung. Und zwar hält er die causa donandi wegen ihres „rein negativen Inhalts" für kein Rechtsgeschäft und weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß in den §§ 1406 und 1453 ausdrücklich eine Unterscheidung zwischen „Ablehnung eines Vertragsantrages oder einer Schenkung" getroffen würde. Erklärt Haymann aber einmal auf dieses Nichtrechtsgeschäft wesentliche Teile der Rechtssätze des BGB. über die Rechtsgeschäfte für entsprechend anwendbar[8]), so daß sein Standpunkt für die Praxis von keiner großen Bedeutung ist, so ist ihm im Prinzip entgegenzuhalten, daß sich die Einigung der Parteien bei der Schenkung durchaus nicht auf die Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung beschränkt, sondern die Einigung darüber, daß die Zuwendung überhaupt geschehen soll, in sich begreift[9]). Schon Burckhard hat mit Recht darauf hingewiesen, daß „Unentgeltlichkeit nichts für sich, sondern nur Prädikat eines Dinges, das Moment „schenkweis" eine Eigenschaft der Zuwendung, nicht etwas ohne Verbindung mit dieser Existierendes

---

[4]) So auch Oertmann, Bd. II, 2, Vorb. 3 vor § 516, S. 698; Planck-Flad, Bd. II, 2, Vorb. 1 vor § 516, S. 772.

[5]) Kohler, Lehrbuch, Bd. I, § 245, II, S. 551.

[6]) Oertmann, Bd. I. Vorb. 1 c vor § 145, S. 527.

[7]) Haymann, S. 106/7.

[8]) Haymann, S. 109.

[9]) Staudinger-Kober, Bd. II, 2, § 516, II, 1, S. 305; Oertmann, Bd. II, 2, § 516, 5, S. 702; RGRKomm. Bd. II, § 516, 5, S. 125; Horn, S. 73; gegen Haymann auch Liebisch, S. 57/58.

ist“ [10]). Wir halten also mit der herrschenden Lehre an der Vertragsnatur der Schenkung fest und sehen diese Anschauung auch von den Gesetzbüchern übernommen. So erkennen das frühere Sächsische Gesetzbuch in § 1049 und das jetzige Schweizerische Zivilgesetzbuch in Artikel 239, 244 die Vertragsnatur der Schenkung an, sieht das Österreichische Gesetzbuch in § 938 [11]) die Schenkung als einen Vertrag, „wodurch eine Sache jemand unentgeltlich überlassen wird“.

§ 2 b.

Erkennen wir somit ungeachtet ihres jeweiligen corpus in jeder Handschenkung einen Vertrag, so ist sie doch kein Schuldvertrag im Sinne eines schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts.

Ein solches liegt nur dann vor, wenn unmittelbar auf Grund bloßen Geschäftsschlusses Verpflichtungen zu einer Leistung, sei es auch nur zur Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel entstehen [1]). So verpflichtet das obligatorische Grundgeschäft beim Handkauf den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises und den Verkäufer zur Übereignung der gekauften Ware. Hat der Käufer mit falschem Geld bezahlt, so hat der Verkäufer eine Forderung auf Zahlung des Kaufpreises. Ist dem Käufer statt der gekauften Sache versehentlich eine andere ausgehändigt worden, so hat er einen Anspruch auf Leistung der richtigen Sache [2]).

Anders bei der Handschenkung. Eine Verpflichtung des Handschenkers, die geschenkte Sache zu übereignen, besteht und entsteht nicht [3]). Geschäftsabschluß und Leistung fallen zusammen, und eine Obligation auf die Leistung ist nicht entstanden [4]).

Auch eine von O. Gierke [5]) angenommene dahingehende Verpflichtung des Handschenkers, die aus seinem Vermögen stammende Bereicherung, obwohl er für sie kein Entgelt empfange, so-

---

[10]) Burckhard, S. 10.

[11]) Krainz, Bd. I, § 132, 1, S. 365.

[1]) Siber, S. 233.

[2]) So auch Staudinger-Kober, Bd. II, 2, § 433, I, 1 d, S. 13; Lehmann in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, § 101, I, S. 344; Crome, Bd. II, § 211 N. 12, S. 400; Oertmann, Bd. II, 2, Vorb. 1 a vor § 433, S. 523 mit weiteren Literaturangaben.

[3]) Vgl. Siber, S. 233/34; Dietrich, S. 221.

[4]) Heck, § 80, 6, S. 246; so auch Bekker, Bd. II, § 102, Beilage I E., S. 177; Horn, S. 102; Dietrich, S. 221; Kieckebusch, S. 283; RGZ., Bd. 111, S. 152.

[5]) Otto Gierke, Bd. 3, § 191, II, S. 419; ebenso Crome, Bd. II, § 230, N. 15, S. 505: Die Schenkung verpflichtet den Schenker, zu der von ihm vollzogenen Schenkung zu stehen.

lange nicht herauszufordern, als sie durch den Schenkungszweck gerechtfertigt werde, vermögen wir nicht anzuerkennen. Die Pflicht für den Handschenker, dem Schenknehmer das Geschenk zu belassen, folgt aus dem Eigentumserwerb des Beschenkten und bildet nicht den Inhalt eines besonderen Schuldverhältnisses [6]). Demgegenüber vermag Gierkes Einwand [7]), dieses Versprechen habe deshalb rechtliche Bedeutung, weil der Erwerb aus Schenkung einen schwächeren Rechtsgrund darstelle als der entgeltliche Erwerb, nicht durchzudringen. Eigentum erwirbt der Erwerber auch in diesem Falle, zwischen einem „stärkeren" und „schwächeren" Eigentum zu unterscheiden, geht nicht an. „Wer Eigentum empfängt", muß sich darauf verlassen können und „kann sich auch darauf verlassen, volles Eigentum zu erhalten" [8]).

Der Handschenker schuldet aber auch keine Gewährleistung wegen Rechts- oder Sachmängel und zwar auch nicht nach dispositivem Gesetzesrecht.

Das unmittelbar eine Verpflichtung zur Leistung begründende Gewährschaftsrecht richtet sich im Gegensatz zum subjektiven Verschuldensrecht lediglich nach objektivem Maßstab [9]). Gestehen nun die §§ 523, 524 dem Beschenkten auch gegen den Handschenker [10]) Ansprüche nur bei arglistigem Verhalten zu, so folgt daraus, daß nicht der Mangel als solcher, sondern nur „das durch Beziehung auf diesen Mangel qualifizierte Verschulden" den Handschenker haftbar macht. Damit ist die in den §§ 523, 524 statuierte Haftung des Handschenkers eine reine Verschuldenshaftung wie die aus § 521 [11]) und begründet als solche keine unmittelbare Verpflichtung zur Leistung, so daß auch eine „abgeschwächte" Haftung des Handschenkers [12]) nicht anerkannt werden kann.

Alle Versuche, bei der Handschenkung eine vom Schenker übernommene Verpflichtung zur Leistung oder auch nur zur Gewährleistung zu konstruieren, schlagen also fehl. Einer solchen Konstruktion bedarf es aber auch gar nicht, um den Vertragscharakter der Handschenkung darzutun. All die Ansichten, die

---

[6]) So auch Dernburg, Bd. II, 2, § 205 N. 2, S. 152; Siber, S. 236 N. 1.

[7]) Gierke, Bd. 3, § 191, II, S. 420N. 20.

[8]) Jeroschewitz, S. 64.

[9]) Krückmann, S. 198, 215/16, 235/36, 212; Schultze, S. 148 ff.; a. A. F. Leonhard, Schuldrecht, § 260, S. 501.

[10]) Dietrich, S. 222.

[11]) Krückmann, S. 215/16, 235/36; im Ergebnis ebenso Cosack-Mitteis, Bd. I, § 201, 1, 2, S. 620; Otto Gierke, Bd. 3, § 191, II, S. 419, V., 1, S. 424, S. 425 N. 38; Siber, S. 233; RGRKomm., Bd. II, § 523, 2, S. 134.

[12]) Wie sie angenommen wird von Dietrich, S. 221 ff.; Oertmann, Bd. II, 2, Vorb. 3 vor § 516, S. 698; Brütt, S. 19; Warneyer, Bd. I, § 516, V., S. 934.

eine Verpflichtung des Handschenkers zur Leistung und damit einen Leistungsanspruch des Schenknehmers zur Qualifizierung der Handschenkung als Vertrag für erforderlich halten, gehen insofern von einer nicht zutreffenden Voraussetzung aus, als sie die Vertragseigenschaft aus dem Bestehen von Ansprüchen herleiten, den Anspruch als Einzelanspruch mit dem Schuldverhältnis „als Normenkomplex, der mit seiner Begründung zwischen die Parteien tritt," [13]) identifizieren — ein Fehler, zu dem allerdings der Gesetzgeber selbst insofern beiträgt, als auch er in § 362 beide Begriffe vermengt, vom Erlöschen des Schuldverhältnisses spricht, während in Wirklichkeit nur der Einzelanspruch, den der Gläubiger gegen den Schuldner hat, durch Erfüllung untergeht.

Anspruch und Schuldverhältnis sind aber nicht identisch [14]). § 241 besagt, daß der Gläubiger „k r a f t des Schuldverhältnisses berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". Aus dieser Wortfassung geht hervor, daß das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, der „Anspruch" gemäß § 194, eine W i r k u n g des Schuldverhältnisses darstellt. Das Schuldverhältnis ist die „lebende Kraft", der Anspruch nur eine seiner „Lebensäußerungen"[15]). Als praktische wohl seine wichtigste Lebensäußerung, aber seine lebende Kraft erschöpft sich in ihr nicht. Das Schuldverhältnis als solches, als „Organismus", „Komplex"[16]) gedacht, stellt ein rechtliches „Verbindungsverhältnis"[17]) zwischen den Parteien her. Indem die Parteien durch ihre Willenseinigung über die Zuwendung selbst und ihre Unentgeltlichkeit dieses rechtliche „Verbindungsverhältnis" herbeiführen, geben sie der Zuwendung ihren Rechtsgrund als Schenkung, ohne den sie vom Schenker wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden könnte.

In diesem Sinne liegt bei der Handschenkung der Vertrag in der Einigung über die Schenkungscausa[18]).

---

[13]) Klein, S. 19.

[14]) Staudinger-Werner, Bd. II, 1, Vorb. I, 3, vor § 241, S. 10; Oertmann, Bd. II, 1, Vorb. 3 c α vor § 241, S. 2; Brütt, S. 19; Jung, S. 64; Manigk, Schuldverhältnisse, S. 375; Lehmann, § 13, II, 2, S. 83.

[15]) Klein, S. 82.

[16]) Siber, S. 227; F. Leonhard, Schuldrecht, § 21, S. 55.

[17]) Jung, S. 65/66 N. 105.

[18]) Lehmann in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, § 120, I, 1 a, S. 403 N. 2; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 72, 3, S. 75; Oertmann, Bd. II, 2, Vorb. 3 vor § 516, S. 698; Planck-Flad, Bd. II, 2, § 516, 3, S. 777; Staudinger-Kober, Bd. II, 2, § 516, I, S. 296; RGRKom., Bd. II, Vorb. 2 vor § 516, S. 121, § 516, 6, S. 125; Crome, Bd. II, § 230, 1, S. 505, § 230, 2 d, S. 509; Endemann, Bd. I, § 164, 1, S. 1024/5; Jung, N. 105, S. 65 ff.; Liebisch, S. 58; RGZ., Bd. 111, S. 153. — Eine besondere Lehre hat Schöninger in seinen „Leistungsgeschäften" aufgestellt. Er versteht hierunter ein solches Geschäft,

§ 3.

Ist die Handschenkung ein Vertrag, so gelten für ihr Zustandekommen die Vorschriften der §§ 145 ff. über die Art und Weise des Vertragsabschlusses. Danach bedarf die Schenkung aus der ratio heraus, einen Schutz gegen aufdringliche Freigebigkeit zu errichten[1]), der Annahme durch den Schenkungsempfänger. § 516 Abs. II.

Sehen wir somit in der Schenkungsannahme als integrierendem Bestandteil des Schenkungsvertrages ein einseitiges Rechtsgeschäft, so tritt u. a. auch hier wieder Haymann in Gegensatz zu uns. Er streitet der auch von ihm für notwendig gehaltenen Annahme der Schenkung durch den Schenkungsempfänger die Eigenschaft als Rechtsgeschäft mit der Begründung ab, der Annahmewille des Empfängers habe nur die Gutheißung, Billigung der Gabe in ihrer Eigenschaft als unentgeltlicher Vermögenszuwendung zum Inhalt, nicht etwa die Unterstellung der Gabe unter bestimmte Regeln, deren Geltung vielmehr, sobald diese Genehmigung des Empfängers erfolgt sei, nach dem Spruch des Rechts auch dann einträte, wenn dies dem Willen des Empfängers deutlich zuwiderlaufe[2]).

Insoweit wird man Haymann recht geben müssen, als der Schenkerwille überwiegt, der Annahmewille mit ihm nicht auf eine Stufe gestellt werden kann: der Wille des Schenkers ergreift die Initiative, während der Wille des Empfängers insofern eine mehr passive Rolle spielt, als er sich den vom Schenker mit der Zuwendung bestimmten Zweck aneignet[3]). Ist das nicht aber bei jeder anderen Vertragsannahme ebenso, daß das Angebot des Antragenden den Anstoß gibt, dem der Akzeptant mit seiner Annahme nachzieht?

Im übrigen beseitigt Haymann aber auch hier wieder die praktische Folge seines Standpunktes dadurch, daß er eine ent-

---

das in der Bewirkung einer Vermögenszuwendung vom Leistenden an den Leistungsempfänger besteht und bezieht hierunter auch die Handschenkung. Insoweit stimmen wir mit ihm überein, als sich sein „Leistungsgeschäft" wie unser Realgeschäft aus dem Vollzug einer Vermögenszuwendung und der darauf bezüglichen Einigung über die causa dieser Leistung zusammensetzt (S. 215). Im Gegensatz zu uns, die wir in der causa den obligatorischen Rechtfertigungsgrund der Leistung, in der Einigung über sie also ein rechtliches Moment erblicken, sieht Schöninger aber in der causa den Zweck der Leistung (S. 191) und hält sie wie die Leistung beim Leistungsgeschäft selbst für keinen rechtlichen, sondern rein naturalen, außerhalb der Rechtssphäre liegenden Faktor (S. 216/7) und damit die Einigung über sie für keinen Vertrag (S. 217).

[1]) Planck-Flad, Bd. II, 2, § 516, 4, S. 778; Haymann, S. 103.

[2]) Haymann, S. 115.

[3]) Burckhard, S. 4.

sprechende Anwendung der Vorschriften über das Rechtsgeschäft auf seine Schenkungsannahme für unbedenklich erklärt[4]). — Was aber seinen theoretischen Ausgangspunkt anbetrifft, so scheint dies die Bestimmung des § 516 Abs. II zu sein. In der Tat wird hier der individuelle Wille dem Zweck, Rechtssicherheit zu schaffen, als der Schenker nicht auf unbestimmte Zeit über das Schicksal seines Schenkungsangebots hintangehalten werden soll, insoweit geopfert, als hier ohne jede Rücksicht auf den wirklichen Rechtsfolgewillen der Annahme rein objektiv der Fristablauf über den Abschluß des Vertrages entscheidet[5]). Haymann begeht aber den Fehler, daß er nicht von dem vom Gesetzgeber als Regelfall an die Spitze des § 516 gestellten Absatz I, sondern von dem als Ausnahme behandelten Absatz II ausgeht und aus ihm Schlüsse über die Rechtsnatur der Schenkung überhaupt herleitet. Die grundsätzliche Einstellung des Gesetzes in § 516 Abs. I erfordert aber in der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung selbst neben dem Willen des Schenkers, die Zuwendung als unentgeltliche zu machen, den Willen des Beschenkten, die Zuwendung als unentgeltliche anzunehmen[6]). Erst wenn dies geschehen, ist die Schenkung zustande gekommen, „die Liberalitätsabsicht des Schenkers aus der Sphäre des subjektiven Motivs erhoben"[7]). Diesem Grundsatz gegenüber will § 516 Abs. II, wie u. a. auch von Tuhr[8]) anerkennt, keine Ausnahme aufstellen, sondern den Abschluß der Schenkungseinigung nur erleichtern.

Ist somit davon auszugehen, daß die Schenkung zu ihrem Zustandekommen der Annahme des Schenkungsangebots durch den Schenkungsempfänger bedarf, so wenden wir uns im Folgenden der Untersuchung zu, auf welche Arten die Annahme erfolgen kann: durch Willenserklärung und unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen im Wege des § 151[9]).

---

[4]) Haymann, S. 115/6.

[5]) Manigk, WE., S. 236, 412/3.

[6]) Otto Gierke, Bd. III, § 191, I, S. 416; Staudinger-Kober, Bd. II, 2, § 516, I, 2 d, S. 300; Horn, S. 14.

[7]) Burckhard, S. 4.

[8]) v. Tuhr, Bd. II, 2, § 75, I, 1, S. 155; Oertmann, Bd. II, 2, Vorb. 2 a vor § 516, S. 697; RG. i. Warn. Rsp. 1921, Nr. 120, S. 143/4.

[9]) Schon an dieser Stelle sei Wedemeyer entgegengetreten, der für unser Spezialgebiet der Schenkungsannahme auf S. 2, 71, die Ansicht vertritt, der Schenkungsvertrag unterliege „wegen seines besonderen wirtschaftlichen Charakters" nicht der Allgemeinvorschrift des § 151, für seinen Abschluß sprächen „besondere Erwägungen". Läßt W. Begründung und Beweis für diese seine Ansicht vermissen, so daß sich uns keine Möglichkeit bietet, zu seiner Ansicht kritisch Stellung zu nehmen, so vermögen wir nicht einzusehen, weshalb für die Schenkung in diesem Zusammenhang etwas

§ 4.

Die Willenserklärung kann nach der herrschenden Lehre in ausdrücklicher oder stillschweigender Form erfolgen.

Der Unterschied beider Erklärungsarten, die Frage, ob ein solcher überhaupt besteht[1]), ist für uns nicht von Interesse. Deshalb genüge der Hinweis, daß wir im Anschluß an die Unterscheidung, die § 164 Abs. I S. 2 in dieser Hinsicht trifft[2]), das Kriterium beider Erklärungsarten in der Art und Weise, dem „Wie" der Erklärung erblicken[3]). Nicht als ob sich dieses „Wie" auf die Deutlichkeit des Erklärungsmittels bezöge[4]), — eine ausdrückliche Willenserklärung kann unter Umständen weniger deutlich als eine stillschweigende sein: läßt doch z. B. das hartnäckige Weigern, ein dargebotenes Geschenk entgegenzunehmen, an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig und ist doch als stillschweigende Willenserklärung anzusehen. Im Gegensatz also zu dieser Ansicht erblicken wir die Verschiedenheit der Erklärungen in der Art des Erklärungs m i t t e l s.

Ausdrücklich erklärt ist für uns das, was mit Worten erklärt ist, sich nach dem Sprachgebrauch als erklärt ergibt[5]). Als stillschweigend erklärt dagegen sehen wir das an, was sich nach anderen Gesetzen als denen der Sprache, nämlich denen der Logik, der Usance usw. als erklärt ergibt[6]).

Doch wie gesagt, der Unterschied beider Erklärungsarten ist für unsere Untersuchung nicht von Bedeutung. Uns liegt, um den Gegensatz zwischen der Willenserklärung und der Annahme nach § 151 herauszuarbeiten, nur an der Feststellung des beiden Erklärungsarten Gemeinsamen, an der Erkenntnis, daß in Anbetracht dessen, daß durch ihre Bezeichnung auch die stillschweigende Willenserklärung den Anspruch erhebt, eine Willenserklärung zu

---

anderes als für andere Rechtsgeschäfte gelten sollte. Vgl. hierzu ausführlicher Manigk, WE., S. 412. Im übrigen vgl. auch Stölzle, § 3, Anm. 20, S. 107.

[1]) von Schneider, S. 279, 282, verneint. Vgl. auch Düringer-Hachenburg, S. 15 ff., Anm. 13.

[2]) Hiervon ausgehend auch von Tuhr, Bd. II, 1, § 61, II, 4, S. 416; Manigk, WE., S. 297; Himmelschein, S. 48.

[3]) Henle, S. 12; R. Leonhard, Irrtum, S. 196 ff.; Hellmann, WE., S. 454/5; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 61, II, 4, S. 416; Manigk, WE., S. 299; Zitelmann, Irrtum, S. 263 ff.

[4]) Wie Regelsberger, Pand., S. 503; Dernburg, Bd. I, § 131, II, S. 442; Schneider S. 281 — es annehmen.

[5]) R. Leonhard, Irrtum, S. 196/7; Manigk, WE., S. 304; Biermann, Allg. Lehren, § 44, 2, S. 130/1; Fritze, S. 193; Hellmann, WE., S. 45; Brodmann, § 3, S. 15.

[6]) So u. a. Manigk, WE., S. 304, RG. S. 62 ff.; R. Leonhard, Irrtum, S. 201.

sein, nur solche Akte echte stillschweigende Willenserklärungen sein können, die überhaupt noch Willenserklärungen im Sinne des Gesetzes sind[7]).

Was ist nun eine Willenserklärung? — Eine Legaldefinition für diesen Begriff findet sich nicht. Wir sind daher auf die Begriffsbestimmungen angewiesen, die sich die Wissenschaft gebildet hat. Die jetzt herrschende Lehre hält im Gegensatz zu der Anschauung, welche Willenserklärung und Willensäußerung identifiziert[8]), bei dem Begriff der Willenserklärung einen Kundmachungszweck für wesentlich[9]). In diesem Sinne definiert Manigk die Willenserklärung als eine Äußerung in Kundgebungsabsicht[10]).

Erkennt man aber der Willenserklärung begrifflich mit Rücksicht auf die Regelung in §§ 104, 116 ff., 133, 154 einen solchen Kundgebungszweck zu, dann muß es jemanden geben, für den die Kundgebung bestimmt ist, an den sie sich richtet. Aus dem Kundgebungszweck heraus, den sie verfolgt, muß die Willenserklärung einen Empfänger haben[11]).

Hat aber jede Willenserklärung aus dem von ihr verfolgten Kundgebungszweck heraus begriffsnotwendig einen oder mehrere Empfänger, für die die Kundgebung bestimmt ist, so ist jede Willenserklärung im wohlverstandenen Sinne eine solche, die „einem anderen gegenüber abzugeben ist" im Sinne des § 130[12]). Jede Willenserklärung wird daher erst in dem Zeitpunkt wirksam,

---

[7]) Manigk, WE., S. 215; Planck-Flad, Bd. I, Vorb. 3 vor § 116, S. 266; Freund, S. 8, 25; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 61, II, 5, S. 419; Jeroschewitz, S. 73.

[8]) Dernburg, Bd. I, § 106, II, S. 366; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 136, II, A., 2, S. 439; Isay, S. 44 ff.; Breit, S. 117, 126.

[9]) Ehrlich, S. 27; Eltzbacher, S. 140; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 61, I, 1, S. 400; Oertmann, Bd. I, Vorb. 9 a vor § 104, S. 326, 11 b, S. 337; Planck-Flad, Bd. I, Vorb. 1 vor § 116, S. 263; Cosack-Mitteis, Bd. I, § 72, I, 1, S. 151; Crome, Bd. I, § 73, 1, S. 231; Biermann, Allg. Lehren, § 44, 2, S. 130; Bekker, Bd. II, § 93, Beilage I, S. 72/3; Wendt S. 238; Hellmann, WE., S. 429, 422/3; Jeroschewitz S. 73; Freund S. 9; Brodmann, § 2, S. 11; Düringer-Hachenburg, S. 7 Anm. 4 und 5; Lehmann, § 24, IV, 1, S. 129 und § 30, I, S. 181. Vgl. jüngst Manigk, System, S. 36 ff., 78 ff., 87.

[10]) Manigk, WE., S. 188, 190/1, 208; Festschrift, S. 149; Irrtum, S. 248; Vertragsschluß, S. 135, 204/5; jetzt System, S. 99.

[11]) Manigk, WE., S. 313; Festschrift, S. 203 N. 156; Hellmann, WE., S.418; Vorträge, S. 60, 62/3; R. Leonhard, Allg. Teil, S. 256; (gegen die Methode Hellmanns und Leonhards vornehmlich Breit, S. 118, 120 unter Bezugnahme auf Isay, S. 46 ff.). Binder, S. 91; Jacobsohn, S. 392/3; Wedemeyer, S. 55, 86/7; Schneider, S. 273; Zitelmann, Irrtum, S. 250 ff.; Brodmann, § 3, S. 16; Düringer-Hachenburg, S. 7, Anm. 5.

[12]) Hellmann, WE., S. 429, 448; Manigk, WE., S. 192 ff.; jetzt System, S.39 ff. — zustimmend Hedemann, S. 336; anderer Ansicht: die herrschende Lehre.

in welchem sie ihrem Empfänger zugeht[13]). Damit ist der Zugang nach § 130, unter dem man nicht die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger, sondern die durch den Erklärenden selbst zu schaffende Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Verhältnissen versteht[14]), Wirksamkeitserfordernis der Willenserklärung, nach unserer Feststellung, daß jede Willenserklärung aus dem ihr innewohnenden Kundgebungszweck heraus eine solche im Sinne des § 130 ist, jeder Willenserklärung.

Das verkennt die herrschende Lehre, wenn sie ihrer im Sinne von § 130 „empfangsbedürftigen" Willenserklärung eine „nicht empfangsbedürftige" Willenserklärung gegenüber stellt, die einem Empfänger überhaupt nicht zuzugehen brauche und schon mit ihrer Abgabe wirksam werde[15]). In Wirklichkeit schafft § 130 nicht wesensverschiedene Arten von Willenserklärungen, sondern er gilt, indem er die aus ihrem Zweck heraus begriffsnotwendig für jede Willenserklärung erforderliche Abgabe gegenüber einem Empfänger oder einem Kreise solcher voraussetzt, für alle Willenserklärungen[16]).

Wenn Zitelmann als Vater der Unterscheidung zwischen „empfangsbedürftiger" und „nicht empfangsbedürftiger" Willenserklärung demgegenüber als ratio für das Zugangserfordernis der ersteren hervorhebt, eine solche solle das fernere Verhalten, ins-

---

[13]) Die Vorschrift gilt auch für die Willenserklärungen, die, wie bei der Handschenkung in unserem Sinn, in Anwesenheit des Empfängers abgegeben werden, so daß der Passus „unter Abwesenden" keine Besonderheit enthält und von uns fortgelassen werden kann. Vgl. u. a.: Staudinger-Riezler, Bd. I, Vorb. III, 6. vor § 116, S. 456, § 130, 1, S. 538; RGRKom. Bd. I, § 130, 1, S. 198; Cosack-Mitteis, Bd. I, § 82, III b, S. 187; Biermann, Allg. Lehren, § 46, 4, S. 145; Fritze, S. 204; Bading, S. 15; Manigk, WE. S. 192, 333. — Es erwächst von diesem Standpunkt die Aufgabe, diejenigen Normen des Gesetzes, die von solchen Erklärungen handeln, „die einem anderen gegenüber abzugeben sind", richtig auszulegen und anzuwenden.

[14]) u. a. Bading, S. 16; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 61, III, 2, S. 433 ff.; Hellmann, WE., S. 433; RGRKom. Bd. I, § 130, 1, S. 197; Manigk, WE., S. 193, 311, 333, 345, 366, 377, 456; Freund, S. 3; Wedemeyer, S. 87; Fritze, S. 215; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 61, III, 2, S. 437; Düringer-Hachenburg, S. 51, Anm. 62; Lehmann, § 32, II, 2, S. 202.

[15]) u. a. Isay, S. 64; Wedemeyer, S. 87, der zwar in unserem Sinne auch bei der „nicht empfangsbedürftigen" Willenserklärung das Zukommen an den Adressaten für erforderlich hält, aber meint, daß dieses hier jenseits der Vollendung der Willenserklärung liege. Ebenso R. Leonhard, Allg. Teil, S. 269.

[16]) Manigk, Festschrift, S. 202/3 N. 156; WE., S. 192, 309, 314 ff., 333/4; System, S. 47; Hedemann, S. 336; Schneider, S. 289; Bading, S. 15; Hellmann, WE., S. 429; Vorträge, S. 60 — im Endergebnis auch Planck-Flad, Bd. I, § 130, 9, S. 340, indem er zur „entsprechenden Anwendung des § 130" auf die „nicht empfangsbedürftigen" Willenserklärungen gelangt. Vgl. im übrigen Protokolle, Bd. IV, S. 5809: Die Willenserklärung bedarf ihrer Natur nach einer Adresse.

besondere das wirtschaftliche Verhalten des Empfängers bestimmen, solle ihn zu weiterem Handeln motivieren[17]), so sei dem die Frage entgegengehalten, ob dies nicht der Zweck einer jeden Willenserklärung ist. Jede Erklärung will durch Kenntnisnahme wirken, zu entsprechendem Verhalten veranlassen[18]). Selbst das von der Gegenseite als Hauptbeispiel der „nicht empfangsbedürftigen" Willenserklärung angeführte Testament. Alle in ihm genannten Personen sollen sich nach seinen Bestimmungen richten, das ist sein Zweck. „Ein Testament, das nicht dazu bestimmt ist, zur Kenntnis anderer zu kommen, ist ein Unding. Kann ja doch seine Geltung nicht gewollt sein, ohne daß seine Beachtung und damit seine Kenntnis gewollt ist"[19]). Wie sollen die Erben, der Testamentsvollstrecker von dem Inhalt des Testaments Kenntnis erlangen können, wenn ihnen nicht vom Testator die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft wird? Planck[20]) läßt das Testament mit dem Tode des Erblassers ohne Rücksicht darauf, ob es durch Zuführung bekannt geworden ist oder nicht, in Wirksamkeit treten, und vertritt die Ansicht, es könne zwar erst ausgeführt werden, wenn es bekannt sei, aber wenn es vorher nicht ausgeführt werden könne, so liege der Grund dafür nicht darin, daß es nicht wirksam sei, sondern lediglich darin, daß es trotz seiner Wirksamkeit nicht bekannt gewesen sei. Demgegenüber ist nicht einzusehen, was die Wirksamkeit des Testaments nützen soll, wenn es trotzdem nicht ausgeführt werden kann. Daß aber das Testament im Sinne von Plancks Deduktion nicht bekannt geworden ist, kommt ja doch gerade daher, daß es nicht in die Wahrnehmungssphäre der Betroffenen überführt worden, diesen nicht „zugegangen" ist.

Eine Artverschiedenheit der Willenserklärungen läßt sich aus der Abgabe der Willenserklärung, „einem anderen gegenüber" im Sinne des § 130 nicht herleiten, da auch die anderen „nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen", wie Stiftung, Auslobung erst mit dem Zugang wirken. Alle echten Willenserklärungen — auch die sogenannten „nicht empfangsbedürftigen" — haben aus ihrem Kundmachungszweck heraus Empfänger, denen sie zugeführt werden müssen, und werden erst wirksam, wenn sie diesen zugeführt worden sind[21]).

---

[17]) Zitelmann, Rechtsgeschäfte, S. 23/4.

[18]) So auch R. Leonhard, Allg. Teil, S. 269.

[19]) Hölder, § 130, 1, S. 290; vgl. auch zu dem Folgenden ausführlich Manigk, WE., S. 328 ff.

[20]) Planck-Flad, Bd. I, Vorb. 1, vor § 116, S. 263.

[21]) So auch Bading, S. 15; Hellmann, WE., S. 429; Hölder, § 130, 1, S. 288; Freund S. 25; Manigk, WE., S. 314, 334; Festschrift, S. 202; System, S. 39 ff., 107.

Die Tragweite der Formel „Erklärung einem anderen gegenüber“ besteht von dieser Grundlage aus darin, daß sie den von der Erklärung betroffenen Adressaten bezeichnet, der Willenserklärung ihre Richtung weist. Die „einem anderen gegenüber abzugebende“ Willenserklärung des § 130 ist eine solche, bei welcher der Zugang an eine bestimmte Person zur Wirksamkeit der Erklärung nötig ist. Andere Willenserklärungen, denen dieser Richtungshinweis fehlt, sind „unbestimmt adressiert“, an unbestimmte Personen oder die Allgemeinheit gerichtet[22]).

Eine solche im Sinne von § 130 bestimmt adressierte Willenserklärung ist unsere Vertragsannahme. Nach § 146 erlischt der Antrag, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber rechtzeitig angenommen wird. Im gleichen Sinne behandelt § 149 den Fall, daß die Annahmeerklärung dem Antragenden verspätet zugegangen ist.

Die Annahme des Vertragsangebots durch den Empfänger kann also nur gegenüber dem Antragenden erfolgen. Zwar vertrat Windscheid[23]) die Ansicht: sei die Erklärung der Ausdruck eines wirklichen Wollens, so habe sie einem Dritten gegenüber die gleiche juristische Bedeutung wie wenn sie direkt an denjenigen, welcher dadurch zum Gläubiger oder Schuldner gemacht werden solle, gerichtet worden wäre. Nicht zu Unrecht bekennt sich Schloßmann[24]) jedoch für unfähig, es einer Erklärung anmerken zu können, ob ihr Urheber wirklich wolle oder nur sage, daß er wolle. Im übrigen gesteht Windscheid selbst zu[25]), daß sich aus den Quellen ein Beweis für seine Ansicht nicht beibringen lasse. Aus der Natur der Sache, auf die er sich beruft, folgt höchstens das Gegenteil. An eine Erklärung, welche ich nicht in der Richtung auf den, gegen den sie wirken soll, abgebe, kann ich nicht gebunden sein[26]).

---

[22]) Manigk, Festschrift, S. 202/3, N. 156; WE., S. 334 ff., 342; Schneider, S. 289; R. Leonhard, Allg. Teil, S. 268; Brodmann, § 3, S. 16; Düringer-Hachenburg, S. 50, Anm. 60; ähnlich auch Hellmann, Vorträge, S. 88/9.

[23]) Windscheid-Kipp, Bd. II, § 309, 3, S. 270.

[24]) Schloßmann, Vertrag, S. 62, N. 1; ebenso Regelsberger, Pand., § 150 N. 5 a, S. 548.

[25]) Windscheid-Kipp a.a.O. N. 9, S. 270.

[26]) Windscheid ablehnend u. a. auch: Lepa, S. 232; Freund, S. 2 N. 4, S. 5, 10; R. Leonhard, Irrtum, S. 128; Samson, S. 33; Regelsberger, Pand. § 150, 2, S. 548; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 43; Wedemeyer, S. 66/7, 79; Schneider, S. 289 ff.

§ 5.

Was nun die Vertragsannahme nach § 151 betrifft, so hebt Jeroschewitz[1]) hervor, daß diese Vorschrift nicht auf den Vertragsschluß unter Abwesenden beschränkt sei, sondern auch für den Abschluß unter Anwesenden gelte.

Nach dieser allgemein ausgesprochenen Bestimmung kommt der Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende — ausdrücklich oder stillschweigend[2]) — auf sie verzichtet hat[3]).

„Die Annahme braucht dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden" — dieses Negative ist alles, was uns das Gesetz über die Annahme des § 151 sagt. Über ihre Rechtsnatur schweigt es sich aus; daher sind wir darauf angewiesen, sie im Wege der wissenschaftlichen Untersuchung festzustellen[4]).

Gemäß den vorhergehenden Darlegungen ergibt sich, daß die Annahme nach § 151 eine stillschweigende „nicht empfangsbedürftige" Willenserklärung, als welche sie lange Zeit hindurch angesehen wurde[5]), nicht sein kann. Denn die stillschweigende Willenserklärung trägt, wie wir gesehen haben, als Unterart der allgemeinen Willenserklärung aus dem von ihr verfolgten Kundgebungszweck heraus das Zugangserfordernis in sich. Daher können wir davon ausgehen: entweder ist die Annahme nach § 151 eine Willenserklärung, und zwar eine stillschweigende, und damit begriffsnotwendig „empfangsbedürftig in dem Sinne, daß sich ihr Tatbestand erst mit ihrem Zugang bei dem, für den sie bestimmt ist, vollendet — oder sie ist als „nicht empfangsbedürftig" überhaupt keine Willenserklärung, sondern anderer Art.

---

[1]) Jeroschewitz, S. 28, 72.

[2]) Vgl. u. a.: Planck-Flad, Bd. I, § 151; 3 b, S. 395; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 151, 2, S. 630; Oertmann, Bd. I, § 151, 2 b, S. 545; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 62, IV, S. 4 ff. RGRKom. Bd. I, § 151, 1, S. 252; Jeroschewitz, S. 71.

[3]) Ein solcher Verzicht des Antragenden ist aus der Natur der Sache heraus nur dann möglich, wenn diesem die Art des Vertragsabschlusses überlassen ist. Daraus erhellt, daß § 151 bei formellen Rechtsgeschäften wie § 313, bei denen der Gesetzgeber positive Vorschriften über die Form und damit die Art der Erklärung als ausdrückliche getroffen hat, nicht zur Anwendung gelangen kann.

[4]) Über die Entwicklungsgeschichte des § 151 vgl. Manigk, WE., S. 348 ff.; Jeroschewitz, S. 72 ff.; Himmelschein, S. 48 ff.

[5]) Crome, Bd. I, § 86, 2 a, S. 382 N. 10; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 151, 5, S. 632; Rümelin i. Arch., S. 161 ff., 172 ff.; Wedemeyer, S. 66 ff., 97; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 153, I, 2 b, S. 505 hat jetzt die frühere Ansicht, die in der Annahme nach § 151 sogar eine „empfangsbedürftige" Willenserklärung sah, aufgegeben. — Zu § 151 jetzt Manigk, System, S. 74 ff. gegen Nipperdey.

Zwar folgerten einige Autoren aus dem Richtungshinweis „ohne daß es einer Erklärung dem Antragenden gegenüber bedarf“: wenn auch § 151 auf eine Erklärung dem Antragenden gegenüber verzichte, so bleibe doch immerhin noch eine Erklärung überhaupt erforderlich[6]). — Demgegenüber haben wir erkannt, daß die Vertragsannahme als bestimmt adressierte Willenserklärung nur dem Antragenden gegenüber erfolgen kann. Ich will und kann nur an eine solche Erklärung gebunden sein, welche ich in der Richtung auf den, gegen den sie wirken soll, abgebe. Wirken soll aber die Annahmeerklärung gegen den Antragenden, auf dessen Antrag sich meine Annahmeerklärung bezieht[7]).

Verzichtet also der Antragende als der allein an einer Annahmeerklärung Interessierte und Berechtigte auf die Sicherheit einer Mitteilung, eine Kundbarmachung des Annahmewillens sich gegenüber, dann umfaßt dieser Verzicht jede Kundbarmachung und damit eine Willenserklärung überhaupt[8]). Infolgedessen kann die Annahme nach § 151 keine Willenserklärung und damit auch keine stillschweigende Willenserklärung sein[9]).

Was die Annahme nach § 151 nicht sein kann, haben wir damit festgestellt. Was ist sie nun positiv?

---

[6]) U. a. Crome, Bd. I, § 86, 2 a, S. 382 N. 10; Isay, S. 52/3; Rümelin i. Arch. S. 174/5; auch R. Leonhard, Allg. Teil, S. 291/2, indem er meint, die Annahme könne hier auch durch eine Erklärung an einen Dritten geschehen. Immer bestehe aber hierbei der Nebengedanke, daß der Urheber des Antrags von diesem Willensakte später irgendwie Kenntnis erlangen, ihn also doch als wahre Willenserklärung empfangen werde.

[7]) Protokolle, Bd. 1, S. 83.

[8]) Schon Zitelmann hat in der Begründung eines von der zweiten Kommission aus Gründen, die mit der Auffassung des Wesens der Annahmeerklärung nichts zu tun hatten (Hellmann, WE., S. 427, der jedoch irrtümlich Zitelmanns Antragsbegründung als den Standpunkt der Kommission hinstellt), — abgelehnten Antrags ausgeführt: „Hat der Antragende auf eine Annahmeerklärung verzichtet, so solle nicht davon ausgegangen werden, daß es nur einer dem Antragenden gegenüber abzugebenden Erklärung der Annahme nicht bedürfe, sondern davon, daß eine Annahmeerklärung überhaupt nicht erforderlich sei. Eine einem Dritten gegenüber abgegebene Erklärung sei rechtlich belanglos; zum Begriff der Annahmeerklärung gehöre es, daß sie nur dem Antragenden gegenüber erfolgen könne“. Ebenso betont Wendt (S. 240), daß eine Erklärung der Annahme nur dann Sinn hätte, wenn sie dem Antragenden gegenüber erfolge. Im gleichen Sinne: Hellmann, WE., S. 426; Jacobsohn, S. 400, 406; Jeroschewitz, S. 73; Lehmann, § 33, III, 3 b, S. 215.

[9]) Düringer-Hachenburg, S. 173, Anm. 222 und S. 174, Anm. 224; Jacobsohn, S. 400; Jeroschewitz, S. 73 ff.; Manigk, WE., S. 367; Hellmann, WE., S. 428; Wendt, S. 240; Schneider, S. 282, 284. Ebenso vermißt Freund, S. 27, bei der Annahme nach § 151 Zugangserfordernis und Kundgebungsabsicht, die er der stillschweigenden Willenserklärung auf S. 25 zuerkennt. Deshalb bezeichnet er die Annahme nach § 151 im Gegensatz zur Annahme durch stillschweigende Willenserklärung als „stille Annahme“.

Als heute vorherrschend kann man die Ansicht bezeichnen, die in ihrer Charakterisierung der Annahme nach § 151 an die Protokolle anknüpft. Nach ihnen[10]) bedarf es auch für den Fall, daß der Antragende auf eine Annahmeerklärung verzichtet hat, gleichwohl immer noch einer Annahme, da diese begrifflich zum Wesen des Vertragsschlusses gehöre. Es genüge aber ausnahmsweise eine jede Betätigung des Annahmewillens, welche diesen erkennbar zum Ausdruck bringe, ohne daß sie an den Antragenden gerichtet, diesem gegenüber erfolgt zu sein brauche.

Ein Annahme wille[11]) ist also auch im Tatbestand der Annahme nach § 151 erforderlich. Damit gelangen wir zunächst zu dem beiden Annahmearten Gemeinsamen: dem rechtsgeschäftlichen Charakter, der beiden Annahmearten innewohnt[12]). In beiden Fällen ist die Rechtsfolge, der Eintritt der Vertragsperfektion, an das Vorliegen des Annahmewillens geknüpft.

Wie aber der bloße innere Wille bei der Willenserklärung als rein interner Akt des Urhebers seiner Natur nach noch unvollendet ist[13]), sich immer erst in einer Handlung, dort der Erklärung als der speziellen „Betätigung des Willens, einen bestimmten Willen zu erklären"[14]), vollendet[15]), so muß auch der Wille bei der Annahme nach § 151 in irgendeiner Handlung, einem äußeren Verhalten, seinen Abschluß finden und sich in irgendeiner Weise verwirklichen, betätigen. In diesem Sinne ist die Annahme nach § 151

---

[10]) Prototkolle, Bd. I, S. 83.

[11]) a. A. Ehrlich, S. 115 ff., 145 ff. und Biermann, Allg. Lehren, § 47, 3 a β, S. 151, die das Willensmoment bei der Annahme nach § 151 für unerheblich halten und die Vertragsannahme hier rein objektiv durch „reale Aneignung der real angebotenen Leistung" erfolgen lassen. Sie übersehen hierbei, daß es typische Aneignungshandlungen nicht gibt, daß es auch bei ihnen auf die dahin gehende Würdigung aller Umstände in der Richtung ankommt, welcher Wille dem einzelnen Verhalten zugrunde liegt. Damit gelangt man in Verfolg dieser Lehre doch zur Erheblichkeit des Willens. So auch Manigk, WE., S. 361 ff.; Irrtum, S. 274, N. 1; im Ergebnis auch Jeroschewitz, S. 75, Anm. 141; Wedemeyer, S. 34; Brodmann, § 5, S. 30; Lehmann, § 24, IV, 2, S. 133.

[12]) Manigk, RG., S. 188, 364, 403; WE., S. 416 ff., 639; Begriff des RG., S. 282; zustimmend Hedemann, S. 337; Jeroschewitz, S. 75/6. Die herrschende Lehre nimmt allgemein die Rechtsgeschäftsnatur der Annahme nach § 151 an.

[13]) Zitelmann, Irrtum, S. 181; Bading, S. 3; Binder, S. 92 ff.; Manigk, WE., S. 438; Sprinz, S. 36; Jeroschewitz, S. 82; Hedemann, S. 334; Brodmann, § 2, S. 11, 12.

[14]) Eltzbacher, S. 146.

[15]) Zitelmann, Irrtum, S. 248, 250; Regelsberger, Pand., § 136, I, S. 493; Manigk, WE., S. 438, 451; Eltzbacher, S. 131/2; Bading, S. 4; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 61, I, 1, S. 400; Wedemeyer, S. 52; Brodmann, § 5, S. 31; a. A. Freund, S. 12.

eine Willensbetätigung. Manigk bezeichnet sie mit Rücksicht darauf, daß alle Handlungen Willensbetätigungen sind, die Vorliegende wegen ihres besonderen rechtsgeschäftlichen Charakters also eine besondere Bezeichnung erheischt, treffender mit „Willensgeschäft[16]) und bringt damit zugleich im Gegensatz zur Willenserklärung als Erklärungsgeschäft die Maßgeblichkeit des Willens zum Ausdruck.

Wie nun dieses den Willen betätigende Verhalten des § 151 im Einzelfalle beschaffen sein muß, darüber bestehen keine gesetzlichen Vorschriften. Jedes den Annahmewillen nach außen dokumentierende Verhalten genügt, ohne daß sich feste Grenzen bestimmen ließen, innerhalb derer der Wille als erhärtet genug erschiene[17]), um wirksam zu erscheinen. Nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles läßt sich entscheiden, ob in dem betreffenden Verhalten eine genügende Betätigung des Annahmewillens zu erblicken ist oder nicht. Cosacks Ansicht[18]), eine „gelegentliche Bemerkung einem Unbeteiligten gegenüber" sei wirkungslos, trifft mit Rücksicht darauf nicht zu, daß bei dieser Annahme als „einsamen Akt"[19]) überhaupt niemandem etwas kundgetan, erklärt werden soll, da ja der allein Betroffene auf jede Kundbarmachung verzichtet hat, so daß es hier gar keinen „Beteiligten" oder „Unbeteiligten" gibt[20]). Eine solche Mitteilung gegenüber „Unbeteiligten" kann sehr wohl, nach den Umständen des Falles, als willensgeschäftliche Annahme in Betracht kommen.

Ebenso unhaltbar ist die Meinung Rümelins[21]), auch die unter § 151 fallenden Handlungen sollten schließlich einmal zur Kenntnis des Antragenden gelangen. Bei dem Verzicht des Antragenden kann auch von einem solchen Sollen keine Rede sein. Tatsächlich kann zwar die Tatsache der Annahme irgendwie zur Kenntnis des Antragenden gelangen[22]), aber selbst wenn dies der Fall ist,

---

[16]) Manigk, WE. und Willensgeschäft, S. 367; Festschrift, S. 166/7; Irrtum, S. 4 mit N. 1 daselbst.

[17]) Vgl. hierzu ausführlicher Jeroschewitz, S. 83 ff.; Manigk, WE., S. 439 ff.; ebenso Planck-Flad, Bd. I, § 151, 4, S. 395; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 151, 3, S. 631.

[18]) Cosack-Mitteis, Bd. I, Beisp. II, 2 b zu § 83, I, 3 c, S. 194.

[19]) R. Leonhard, Allg. Teil, S. 256.

[20]) Jeroschewitz, S. 83/4; Freund, S. 9.

[21]) Rümelin i. Arch., S. 172, ebenso R. Leonhard, Allg. Teil, S. 291; RGZ., Bd. 84, S. 323.

[22]) Durchaus nicht in allen Fällen, das zeigt uns das Beispiel, das Jacobsohn, S. 404/5 (ebenso im Ergebnis Wedemeyer, S. 102) mit dem schaffnerlosen Straßenbahnwagen bietet, in welchem der Passagier durch einen Anschlag im Wagen aufgefordert wird, das Fahrgeld in eine Büchse zu legen, ohne daß eine Kontrolle darüber stattfände oder der Wagenführer darauf achtete. Unzweifelhaft kommt durch das Besteigen des Wagens ein Beförde-

wäre der Vertragsabschluß doch schon im Augenblick der vollzogenen, noch nicht zur Kenntnis des Antragenden gelangten Annahme erfolgt, sein Kenntniserlangen insofern also unwesentlich[23]).

Kommt somit der Vertrag im Falle des § 151 ohne Erklärung, lediglich durch Betätigung des Annahmewillens zustande, so darf doch nicht übersehen werden, daß das Willensgeschäft nach § 151 bei seinem mit der Willenserklärung gleichen rechtsgeschäftlichen Charakter durch weitere in Kundgebungsabsicht vorgenommene Erklärung an den Antragenden zur Willenserklärung werden kann. „Hat bei der Willensbetätigung der Handelnde zugleich die Absicht, daß die Betätigung zur Kenntnis des anderen gelange und dieser dadurch den vorhandenen Willen erkenne, so liegt keine Willensbetätigung mehr vor, sondern zugleich eine Handlung, welche den Zweck hat, den Willen zu erklären,“[24]) — eben eine Willenserklärung. In diesem Falle geht die Willensbetätigung „in den höheren Aggregatzustand der Willenserklärung“ über[25]).

---

rungsvertrag zustande, ohne daß aller Wahrscheinlichkeit nach weder der Unternehmer noch ein Angestellter jemals bemerken wird, daß der Passagier den Wagen bestiegen hat.

[23]) Schneider, S. 290 ff.; Jacobsohn, S. 403 ff.; Wedemeyer, S. 88 ff.; Düringer-Hachenburg, S. 174, Anm. 223.

[24]) Planck-Flad, Bd. I, Vorb. 4 vor § 116, S. 267; a. A. auf Grund eines offensichtlichen Mißverständnisses Jeroschewitz, S. 74, der meint: da die Perfektion des Vertrages nicht erst mit der Kenntnisnahme durch den Offerenten, sondern schon im Augenblick der Vornahme der Annahmehandlung durch den Akzeptanten eintrete, sei selbst eine Anzeige des letzeren an den Offerenten über die nach § 151 vollzogene Annahme keine Willenserklärung, sondern nur eine Mitteilung ohne rechtsgeschäftliche Bedeutung. — Jeroschewitz übersieht hierbei, daß wir in diesem Fall eine Anzeige im Auge haben, die nicht über die erfolgte Annahme, sondern zwecks Annahme vorgenommen wird.

[25]) Manigk, RG., S. 153; WE., S. 403, 539, 560; Hedemann, S. 338; Schneider, S. 291; Freund, S. 9: Der Unterschied bloßer Willensbetätigung von stillschweigender Erklärung liegt häufig nur in der Absicht des Handelnden. — Erwähnt sei in diesem Zusammenhang, daß gerade die Schenkung neben der Annahme durch Willenserklärung und bloße Annahmehandlung noch auf eine dritte Art zustande kommen kann: ohne jede Annahmeerklärung und Annahmehandlung im Falle des § 516, Abs. II. Einer Behandlung dieser Möglichkeit bedarf es jedoch für uns deshalb nicht, weil wir hier eine zeitliche Trennung von animus und corpus antreffen, wir unter unserer Handschenkung aber gerade die im zeitlichen Zusammentreffen beider Erfordernisse bestehende Unterart der allgemeinen Realschenkung verstehen.

II. Abschnitt.

§ 6.

Haben wir bisher allgemein die Rechtsnatur der Handschenkung und die Arten untersucht, auf welche die Schenkungsannahme erfolgen kann, so wenden wir uns nun unserem Spezialfall zu, daß der Schenkungsempfänger im Kindesalter steht.

Unser Gesetz versteht unter dem Begriff „Kind" eine Person, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet hat, und stützt sich hierbei auf das römische Recht, das im Anschluß an die griechische Philosophie das Kindesalter in Zusammenhang mit der Sprachfähigkeit des Menschen brachte und davon ausging, daß in dem Zeitraum der ersten sieben Jahre die Hauptentwicklung von Geist und Körper im menschlichen Leben vor sich gehe, und daß der Mensch erst mit dem Wechsel der Zähne nach Vollendung des siebenten Lebensjahres der Sprache vollkommen mächtig sei[1]).

Wie in dieser Festsetzung des Kindesalters, so schließt sich unser Recht auch in bezug auf die Rechtsstellung des Kindes dem alten Recht an.

Schon nach römischem Recht war der infans geschäftsunfähig, „quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent"[2]), ein Standpunkt, der sich mit der Rezeption des römischen Rechts auch im deutschen Recht durchsetzte, bis auch das ALR in I, 4 § 20 und das Preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger in seinem § 1[3]) alle Willensäußerungen des Kindes nichtig, Minderjährige, welche das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, zur Vornahme von Rechtsgeschäften unfähig sein ließ.

Im selben Sinne bestimmt unser Gesetzbuch in seinem § 104 die Geschäftsunfähigkeit des Kindes, ohne die besondere geistige Entwicklung[4]), die möglicherweise schon vorhandene Einsicht des Kindes zu berücksichtigen[5]). Unser Recht, in welchem „dieser äußerste Grad unvollkommener Geschäftsfähigkeit einen absoluten Charakter tragen soll"[6]), bevorzugt im Interesse der Vereinfachung

---

[1]) So sagt z. B. Macrobius: post annos septem dentes, qui primi emerserant, aliis aptioribus ad cibum solidum nascentibus cedunt; eodemque anno, id est septimo, plene absolvitur integritas loquendi. Vgl. Glück, S. 432 ff.

[2]) § 10 J. 3, 19 — L. 1 § 13 D. de obligat. et action. (44,7).

[3]) Pr. Gesetzessammlung 1875, Teil I, S. 518.

[4]) Wie es z. B. das jetzige Schweizerische Zivilgesetzbuch v. 1. Januar 1912 tut, indem es in jedem einzelnen Fall dem Richter die Prüfung auferlegt, ob das Kind schon die Reife habe, die Tragweite der betreffenden Handlung zu erkennen und demgemäß zu handeln. Vgl. Rabel, S. 147.

[5]) Staudinger-Riezler, Bd. I, § 105, 1, S. 425.

[6]) Manigk, RG., S. 213.

der Rechtspflege eine Allgemeinregelung und geht davon aus, daß der Mensch in diesem Alter grundsätzlich noch keinen Willen im rechtlichen Sinne haben kann, weil er in seiner Mehrheit in diesem Alter noch nicht weiß, was dieses Wollen bedeutet. „Ihm geht der Regel nach die erforderliche Willenskraft und jedenfalls das erforderliche Erkenntnisvermögen ab“[7]).

Erschien das Kind dem Gesetzgeber aus diesem Grunde schutzbedürftig, so mußte er es gegen zwei Möglichkeiten der Schädigung zu schützen suchen: gegen Schädigung durch eigenes Handeln und gegen Schädigung durch das Handeln dritter Personen. Zum Schutze des Kindes vor Handlungen dritter Personen stellte der Gesetzgeber die Vorschrift des § 131 auf, nach der die einem Kind gegenüber abgegebene Willenserklärung erst dann wirksam wird, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Zum Schutz des Kindes vor eigenen Handlungen bestimmte er in § 105 die Unwirksamkeit der Erklärung des Kindes selbst.

Diese Nichtigkeit der Willenserklärung des Kindes nach § 105 Abs. I ist insofern eine absolute, als sie sich im Gegensatz zu der Bestimmung des § 107 auf alle Willenserklärungen des Kindes erstreckt, mögen sie im Einzelfall Gegenstand eines für das Kind noch so vorteilhaften Rechtsgeschäfts sein[8]). In der Kommission des Reichstages wurde zwar unter Berufung auf das gesunde Rechtsgefühl der Versuch gemacht[9]), entsprechend dem römischen Recht, nach dem seit Kaiser Decius unstreitig für die Annahme von Schenkungen eine ausdrückliche Ausnahme von dem Grundsatz der Geschäftsunfähigkeit des Kindes bestand[10]), das Kind in bezug auf die Gültigkeit von ihm vorgenommener reiner Erwerbsgeschäfte freier zu stellen. Die Motive lehnten jedoch ein Bedürfnis an der Durchbrechung der Regel zugunsten von Schenkungen mit dem

---

[7]) Motive, Bd. I, S. 129.

[8]) v. Tuhr, Bd. II, 1, § 59, II, 3, S. 336; Cosack-Mitteis, Bd. I, § 78, II, S. 168; Oertmann, Bd. I, § 105, 1 a β, S. 343; Planck-Flad, Bd. I, § 105, I, 1, S. 240; Manigk, RG., S. 218; Breit, S. 191; Dittenberger, S. 15. a. A. Danz, S. 1016 ff., 1019, der aus dem in dem Schutz des Geschäftsunfähigen bestehenden Zweck des Gesetzes auf dem Wege der „Auslegung“, die sich aber in ihrem Ergebnis mehr als eine Korrektur des Gesetzes darstellt, den Satz aufstellt, nur solche Geschäfte eines Geisteskranken (Kindes) seien nichtig, welche dieser nicht in dieser Weise vorgenommen haben würde, wenn er nicht geisteskrank (Kind) gewesen wäre. — Auf diesem Wege würde man dazu gelangen, auch Grundstücksveräußerungsverträge ohne Beobachtung der Form des § 313 für rechtswirksam zu erklären, wenn sie dem Verkäufer nicht ungünstig sind. Denn auch § 313 stellt eine Schutzvorschrift dar, sie will den Verkäufer vor übereilten, ihn schädigenden Grundveräußerungen schützen. Vgl. hierzu v. Tuhr, Bd. II, 1, § 59 N. 16, S. 336; Oertmann, Bd. I, § 105, 1 und 5, S. 343, 345; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 105, 2, S. 425; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 141 N. 2, S. 460; RG. in JW. 1915, S. 570/1.

[9]) Vgl. Dittenberger, S. 16.

[10]) 3. C. 7. 32.

Hinweis ab[11]), die Annahme der einem Geschäftsunfähigen zugedachten Schenkung könne nicht bloß durch den gesetzlichen Vertreter, sondern auch durch einen Dritten im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag erfolgen. Dieser Ausweg entspricht der ausdrücklichen Bestimmung des ALR. in I, 11 § 1060, stellt aber doch infolge seiner schwerfälligen Konstruktion einen Umweg dar[12]).

In diesem Zusammenhang macht auch der Wert des dem Kinde zugewendeten Gegenstandes keinen Unterschied in der Behandlung der Schenkung. „Die Geringfügigkeit des Objekts darf die Lage der Geschäftsfähigkeit nicht beeinflussen. Man würde auch, falls ein Geschäftsfähiger Schmetterlinge finge und sie dann einem Kinde schenkte, trotz des geringen Objekts diese Schenkung als nichtig ansehen müssen“[13]).

Die im Wege der Willenserklärung erfolgende Schenkungsannahme durch das Kind ist also nach § 105 nichtig[14]). Hat dasselbe auch für die Annahme der Schenkung durch das Willensgeschäft des § 151 zu gelten?

Eine direkte Anwendung der Vorschrift des § 105 auf diese Annahmeart kann nicht stattfinden, da ihr die Erklärung, die § 105 voraussetzt, gerade fehlt. Deshalb kann die Frage nur dahin gehen, ob eine analoge Anwendung des in § 105 enthaltenen Rechtsgedankens auf die Annahme nach § 151 möglich ist. Diese Frage ist aber in der Tat zu bejahen.

Denn wie wir gesehen haben, decken sich Willenserklärung und Willensgeschäft in ihrem Charakter als Rechtsgeschäft. Beiden ist der auf den Rechtserfolg gerichtete Wille des Handelnden, der rechtsgeschäftliche Erfolgswille wesentlich. Wird nun vom Gesetz der Wille des Kindes zur Abgabe einer Willenserklärung nicht für ausgebildet genug befunden, beruht die Nichtigkeit der Willenserklärung des Kindes auf dessen Willensunfähigkeit, so kann der auch den Kern des Willensgeschäfts bildende Wille des Kindes auch für die Annahme nach § 151 nicht ausreichend sein. Hier wie dort müssen mit Rücksicht auf die gleiche rechtsgeschäftliche Natur beider Akte die gleichen Anforderungen an die Willensreife des Annehmenden gestellt werden.

Analog der Bestimmung des § 105 Abs. I kann also das Kind auch durch Willensgeschäft eine Schenkung nicht annehmen[15]).

---

[11]) Motive, Bd. I, S. 130.

[12]) So auch Staudinger-Riezler, Bd. I, § 105, 1, S. 425.

[13]) Manigk, RG., S. 212.

[14]) Staudinger-Riezler, Bd. I, § 105, 1, S. 425; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 141, IV, S. 460; R. Leonhard, Allg. Teil, § 70, III a, S. 271; Lehmann, § 28, A, II, 2, S. 163.

[15]) So auch im Ergebnis: v. Tuhr, Bd. II, 1, § 61, 2, S. 406, insb. N. 39; Manigk, RG., S. 208, 219; WE., S. 564/6 ff.; Hellmann, Vorträge, S. 71; Brodmann, § 5, S. 31; a. A. Breit, S. 114/5.

I. Teil.

§ 7.

Kann somit das Kind selbst keine Schenkung annehmen, überhaupt am Rechtsleben selbständig keinen Anteil nehmen, so bekommt es als Ersatz für die ihm fehlende eigene Geschäftsfähigkeit kraft Gesetzes einen Vertreter, der statt seiner mit direkter Wirkung[1]) für es handelt.

Als dieser gesetzliche Vertreter ist an erster Stelle der Vater des Kindes als Träger der elterlichen Gewalt berufen. §§ 1626, 1627, 1630. Nach seinem Tode, oder wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist, tritt kraft Gesetzes die Mutter des Kindes in die Gewalthaberstellung und damit in die des gesetzlichen Vertreters ein, §§ 1684, 1686, nach ihrem Tode oder für den Fall, daß sie in den die Person oder das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt ist, bekommt das Kind zu seiner Vertretung einen Vormund. §§ 1773, 1793.

Diese Vertretungs m a c h t ist jedoch nicht das, was der Stellvertretung ihren Charakter verleiht. Das ist vielmehr das zweite Tatbestandsmerkmal des § 164, das Tätigwerden auf Grund dieser Vertretungsmacht, das „H a n d e l n i n f r e m d e m N a m e n“[2]). Denn wir bezeichnen gewohnheitsgemäß auch den als Vertreter, der im Sinne der §§ 177 ff. ohne Vertretungsmacht „in fremdem Namen“ auftritt.

Bevor wir nun untersuchen, worin das Wesen dieses „Handelns in fremdem Namen“ besteht, vergegenwärtigen wir uns zu-

---

[1]) Nur diese direkte oder unmittelbare Stellvertretung behandelt das BGB. Im Gegensatz hierzu steht der indirekte oder mittelbare Stellvertreter, der das Rechtsgeschäft in eigenem Namen abschließt, selbst berechtigt und verpflichtet wird, den aber im Innenverhältnis zu dem, für den er handelt, die Berechtigung und Verpflichtung trifft, die in seiner Person eingetretenen rechtlichen Wirkungen auf diesen zu übertragen. (a. A. vor allem Schloßmann, Stellvertretung, S. 379/80, der einen Unterschied beider Vertretungsarten leugnet.) — Erfolgt also die indirekte oder mittelbare Stellvertretung im Gegensatz zur direkten und unmittelbaren im eigenen Namen für fremde Rechnung, so verbindet sie mit dem Vertrag zugunsten eines Dritten insofern eine gewisse Verwandtschaft, als auch dieser ein eigenes Geschäft des Abschließenden darstellt. Während aber bei der indirekten Stellvertretung lediglich der mittelbare Stellvertreter ein Recht aus dem Vertrag erwirbt, das er im Innenverhältnis auf den, in dessen Interesse er handelt, durch besonderes Rechtsgeschäft erst weiter übertragen muß, erwirbt beim Vertrag zugunsten eines Dritten dieser Dritte unmittelbar das Recht. Im übrigen tritt beim Vertrag zugunsten eines Dritten nicht das Geschäft als solches, sondern nur die ausgemachte einzelne Geschäftswirkung für den Dritten ein. Oertmann, Bd. I, Vorb. 2 vor § 164, S. 596.

[2]) Manigk, RG., S. 354; Planck-Flad, Bd. I, Vorb. 1e vor § 164, S. 428; Matthiaß, § 56, II, C, S. 126; Jeroschewitz S. 77.

nächst den Weg, den das Angebot einer Schenkung an Kinder nimmt.

Es muß, um wirksam zu werden, nach § 131 dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zugehen.

Damit bietet sich uns zunächst der Fall der Vertretung im Empfang einer Willenserklärung, der sogenannten passiven Stellvertretung. Auf sie finden nach § 164 Abs. III die Vorschriften des Abs. I für die aktive Stellvertretung insofern entsprechende Anwendung, als eine solche begrifflich möglich ist. Aktive und passive Stellvertretung unterscheiden sich aber ihrem Wesen nach dadurch, als jene in einem aktiven Handeln, der Abgabe, diese im Empfang einer Willenserklärung besteht. Dieses Empfangen ist aber ein sich bei dem Empfänger von selbst vollziehender Vorgang, der keinerlei Handlung des Empfangenden voraussetzt[3]). Daher kann bei stellvertretendem Empfang auch kein Handeln „in fremdem Namen" erforderlich sein.

Unter diesen Umständen findet bei der passiven Stellvertretung das „Handeln in fremdem Namen" nicht auf Seiten des sich rein passiv verhaltenden Empfangsvertreters, sondern auf Seiten des allein tätigwerdenden Gegenkontrahenten, also des Schenkungsofferenten, statt[4]). Er bringt das Schenkungsangebot dem Vertreter in dieser seiner Eigenschaft zur Kenntnis, will es aber nicht gegen ihn selbst, sondern gegen das von ihm vertretene Kind gelten lassen, und muß diesen seinen Willen dem empfangenden Vertreter ausdrücklich oder nach § 164 Abs. I S. 2 aus den Umständen heraus erkennbar machen. Hat dann der Empfänger seinerseits Vertretungsmacht zum Empfang der Erklärung, die mit Rücksicht darauf, daß zur vollen Vertretung bei Verträgen beide Arten der Stellvertretung, die aktive wie passive, gehören[5]), für den gesetzlichen Vertreter schon aus seiner allgemeinen gesetzlichen Vertreterstellung folgt, dann ist das Schenkungsangebot an das Kind rechtswirksam erfolgt, ohne daß dieses selbst Kenntnis von ihm zu haben brauchte.

Ist nun dem gesetzlichen Vertreter das Schenkungsangebot des Schenkers für den von ihm Vertretenen zugegangen, d. h. ist

---

[3]) Zitelmann, Rechtsgeschäfte, S. 23; Oertmann, Bd. I, § 164, 2 b, S. 609; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 166, I, 2, S. 546; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84 N. 149, S. 357; Dittenberger, S. 242; Biermann, Allg. Lehren, § 72, 2 c, S. 261; Jeroschewitz, S. 69; Breit, S. 67; Lehmann, § 36, I, 2, S. 268.

[4]) So auch Windscheid-Kipp, Bd. I, § 74 a, S. 374; Rümelin i. Arch., S. 160; RGRKom., Bd. I, § 164, 4, S. 283; Planck-Flad, Bd. I, Vorb. 4 b vor § 164, S. 430; Jeroschewitz, S. 69.

[5]) Rümelin i. Arch., S. 160; Oertmann, Bd. I, Vorb. 2 b β vor § 164, S. 595, § 164, 2a, S. 609; Jeroschewitz, S. 69.

ihm die Möglichkeit seiner Kenntnisnahme geschaffen worden, so muß er sich darüber schlüssig machen, ob er die Schenkung für das von ihm vertretene Kind annehmen will. Entschließt er sich hierzu, so muß er nunmehr aus seiner Passivität heraustreten und aktiv handeln: das Schenkungsangebot für das Kind annehmen. Damit kommen wir zum stellvertretenden H a n d e l n des gesetzlichen Vertreters, seinem „Handeln in fremdem Namen".

Worin beruht nun das Wesen dieses Begriffs?[6])

Entgegen der Meinung Schloßmanns, der den Versuch unternommen hatte, die Bedeutung des Parteiwillens im Privatrechtsverkehr vollständig auszuschalten, und die Ansicht vertreten hatte[7]): sei es schon unbegreiflich, wie mein eigner Wille mich zu verpflichten imstande sein solle, so würde man um so weniger verstehen können, wie mein Wille die Macht solle haben können, die Haftung aus dem von mir geschlossenen Geschäft auf einen anderen zu lenken — im Gegensatz also zu dieser Ansicht Schloßmanns war sich die herrschende Lehre von vornherein darüber klar, daß ebenso wie im übrigen Privatrechtsverkehr auch im Vertretungsinstitut das Willensmoment die entscheidende Rolle spiele. Unstimmigkeit bestand nur darüber, w e s s e n Wille bei der Stellvertretung, beim „Handeln in fremdem Namen", der maßgebende sei. Alle nur möglichen Kombinationen wurden aufgestellt.

So sah Savigny[8]) in dem Vertreter nur den Träger des Willens des Vertretenen, dessen „Werkzeug", und hielt dementsprechend den Vertretenen für den wirklichen Vertragskontrahenten. Mitteis[9]) verlangte einen zweifachen Willen, indem er davon ausging, bei den durch Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäften sei weder der Vertretene noch der Vertreter eo ipso als der Alleinhandelnde

---

[6]) Schloßmann, Stellvertretung, S. 160 ff., 380, der diesen Begriff des „Handelns im fremden Namen" in der Fassung der herrschenden Lehre und des BGB. für inhaltslos hält, sieht in der Vertretung „die Besorgung fremder Angelegenheiten auf Gefahr und Rechnung des Interessenten", und läßt über die Richtung der Rechtswirkungen, über die Frage, in wessen Person diese eintreten, in der des Vertreters oder des Vertretenen, das objektive Recht nach objektiven Gesichtspunkten entscheiden. Von einer Stellungnahme zu dieser Lehre können wir um so eher Abstand nehmen, als sie, die auf nichts weniger als eine völlige Erschütterung der herrschenden Meinung abgestellt ist, schon mehrfach in gründlicher und treffender Weise als unhaltbar erwiesen ist und allseitige Ablehnung gefunden hat. So vor allem durch Manigk, RG., S. 298 ff.; Rümelin i. Arch., S. 134 ff.; Planck-Flad, Bd. I, Vorb. 6 vor § 164, S. 431; Hupka, S. 23 ff.; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 167, N. 1a, S. 549; Jeroschewitz, S. 23 ff.

[7]) Schloßmann, Stellvertretung, S. 99.

[8]) Savigny, Obligationenrecht, § 57, S. 59; sich ihm anschließend F. Leonhard, Schuldrecht, § 169, S. 351.

[9]) Mitteis, S. 109 ff., insb. S. 119; sich ihm anschließend Crome, Bd. I, § 103, 4, S. 456.

anzusehen, es müsse vielmehr eine Willensverteilung zwischen Vertreter und Vertretenem angenommen werden. Thöl[10] forderte schließlich auf Grund seiner Theorie vom Doppelvertrag sogar einen dreifachen Willen. Nach ihm soll in dem Vertragsabschluß des Vertreters insofern der Abschluß von zwei Verträgen mit dem Dritten liegen, als der Vertreter für den Vertretenen, der Vertretene aber vermittels des Vertreters kontrahiert habe.

All diesen Ansichten steht gerade unser Fall der gesetzlichen Vertretung entgegen. Sie alle verlangen den Willen des Vertretenen, sei es allein oder in Verbindung mit dem Willen noch anderer Personen. Der Vertretene ist aber im Fall der gesetzlichen Vertretung willensunfähig, kann garkeinen rechtserheblichen Willen haben. Infolgedessen kann in seinem Willen allein oder in Verbindung mit dem Willen noch anderer Personen das allgemeine Merkmal des Vertretungsinstituts nicht liegen.

Der Kern des Begriffs „Handeln im fremden Namen" und damit des Vertretungsbegriffs ist vielmehr mit der herrschenden Lehre allein im Willen des Vertreters zu suchen. Jemand ist dann Vertreter und erzeugt dann die Wirkungen seines Geschäfts in der Person des Vertretenen, wenn er die Rechtsfolgen nicht für sich selbst, sondern für diesen anderen herbeiführen will[11]).

Im Sinne dieser alleinigen Maßgeblichkeit seines Willens ist der Vertreter auch der Alleinhandelnde, der alleinige Kontrahent. So erklären auch die Motive[12]), daß das Rechtsgeschäft in der Person des Vertreters zustande komme und nur die Wirkungen auf den Vertretenen bezogen würden — eine Anschauung, die in § 166 vom Gesetz übernommen ist. Kommt doch nach dieser Bestimmung bei der Vertretung für etwaige Willensmängel im Regelfall nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht. Damit sieht auch der Gesetzgeber nicht den Vertretenen, sondern den Vertreter als wirklichen Vertragskontrahenten an. —

Die Wirkungen des Vertretungsgeschäfts treffen also deshalb den Vertretenen, weil der alleinhandelnde Vertreter diese Richtung seines Handelns will und das Gesetz diesen seinen Willen in §§ 164 ff. anerkennt.

---

[10]) Thöl, § 70, S. 235.

[11]) Dreist, S. 5; Boehm, S. 11, 15; Regelsberger, Pand., § 159, II, S. 581; Manigk, RG., S. 297 ff., 313; WE., S. 569 ff., 589; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 50, V, S. 167, Bd. II, 2, § 84, II, S. 337; Hölder, § 164, 2, S. 357; Dernburg, Bd. I, § 161, III, S. 470; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 169, II, S. 555; Matthiaß, § 56, II, B, S. 125; Manigk, Begriff des RG., S. 281; Jeroschewitz, S. 80/1; Brodmann, § 16, S. 112; Lehmann, § 36, I, 4, S. 269.

[12]) Motive, Bd. I, S. 226.

§ 8.

Ist also das Maßgebende beim Vertretungsinstitut der Vertretungswille, so muß dieser irgendwie zum Ausdruck kommen. Denn wir haben gesehen, daß ein Wille, der nicht seinen Niederschlag, seinen Ausdruck in einer Handlung gefunden hat, weder psychologisch, noch juristisch Wille ist, er erweist sich als solcher erst durch eine Tat, in der er sich vollendet[1]). So auch hier: „Handeln in fremdem Namen" ist der zur Tat gewordene Wille, die Rechtsfolge für einen anderen herbeizuführen[2]).

Auf welche Art und Weise nun dieser Vertreterwille zur Tat werden muß, um erheblich zu sein, hängt von der Art des Rechtsgeschäfts ab, bei dem die Vertretung stattfindet. Denn „der Vertretungswille ist lediglich ein Stück des Geschäftswillens"[3]), nämlich das Stück, das die Wirkungen des Geschäfts in die Richtung weist, die in der Regel auf den Vertragskontrahenten selbst zielt, hier aber in Abweichung von dieser Regel auf einen Dritten, den Vertretenen, gerichtet ist. Ist der Vertretungswille lediglich „integrierender Bestandteil" des ganzen Rechtsgeschäfs, so muß er auch dessen Gestalt annehmen.

Als die den Willen vollendende Handlung haben wir bei der Willenserklärung die Erklärung erkannt. Deshalb bedarf auch bei der Vertretung in einer Willenserklärung der Vertretungswille zu seiner Vollendung derselben Handlung, nämlich einer Erklärung in Kundgebungsabsicht. Wie der auf eine Willenserklärung wertlegende Offerent überhaupt über das Schicksal seines Antrags unterrichtet werden will, so will er auch erfahren, gegen wen er Rechte und Pflichten aus seinem Antrag erwirbt[4]).

Auf die Schenkungsannahme nach § 151, die wir auch als Rechtsgeschäft erkannt haben, sind die Stellvertretungsnormen der §§ 164 ff. mit Rücksicht darauf, daß auch der Begriff der Vertretung seinen Angelpunkt im Willen des Handelnden hat, analog anwendbar[5]).

---

[1]) Vgl. oben S. 18.

[2]) Manigk, WE., S. 583; Jeroschewitz, S. 80.

[3]) Jeroschewitz, S. 41; Rümelin i. Arch., S. 140; Planck-Flad, Bd. I, § 164, 1 a, S. 432; Manigk, WE., S. 121, 569; Boehm, S. 14.

[4]) Manigk, RG., S. 334.

[5]) Manigk, RG., S. 364, 390 ff.; WE., S. 564, 569, 589; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84 N. 66, S. 344; Planck-Flad, Bd. I, § 164, 1 e, S. 432; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 164, 5 d, S. 688; Hölder, § 164, 2, S. 357; Jeroschewitz, S. 79 ff., 81; Hellmann, Vorträge, S. 100; Lehmann, § 36, III b, S. 272. — Unserem Ergebnis der Anwendungsmöglichkeit der Stellvertretungsgrundsätze auf die Annahme nach § 151 stimmen auch Lenel (S. 12) und Rümelin (i. Arch. S. 175) zu. Beide gehen aber insofern von einer unzutreffenden Grundlage aus, als sie dem Vertretungsbegriff die Erklärung des Vertretungswillens

Wie aber beim Willensgeschäft selbst der Wille infolge Verzichts des Gegners auf eine Erklärung nicht kundgegeben zu werden braucht, das Willensgeschäft vielmehr als „einsamer Akt" durch jede Willensbetätigung zustande kommt, so bedarf auch der Vertretungswille bei der Annahme gemäß § 151 als „integrierender Bestandteil" des Rechtsgeschäfts keiner Erklärung, vollendet sich vielmehr in jedweder Betätigung, jedem körperlichen Verhalten[6]).

Wir können Rümelin nicht beistimmen, wenn er die Ansicht vertritt, auf die Vertretung bei der Annahme nach § 151 fänden speziell auch die Bestimmungen des § 164, soweit in ihnen das Offenheitsprinzip zum Ausdruck gebracht sei, Anwendung[7]).

Dieses Prinzip besagt[8]), es genüge nicht, daß der Vertreter Vertreter sei; nur wenn seine Erklärung offen auf den Vertretenen hinweise, träten die Wirkungen in dessen Person ein. — Mit Recht geht F. Leonhard hierbei von der Bestimmung des § 164 Abs. I S. 2 aus, aus der in der Tat normiert, daß sich der Vertretungswille aus- aus der in der Tat normiert, daß sich der Vertretungswille ausdrücklich oder aus den Umständen heraus äußern muß. Leonhard übersieht aber, daß § 164 nur von der Vertretung bei Willenserklärungen spricht, die andere der Vertretung zugängliche Art der Vertragsannahme nach § 151 aber einer Erklärung ermangelt. Wenn Leonhard in diesem Zusammenhang die Meinung vertritt, auch die „stille" Annahme des § 151 könne regelmäßig nur in einer gewissen Kenntlichkeit abgegeben werden, so gelangt er hierzu auf Grund der Annahme, daß auch das Willensgeschäft des § 151 eine Erklärung sei. Er spricht von ihr ausdrücklich als von einer Erklärung, die überhaupt keiner Form bedürfe[9]). Lehnt man aber diese Auffassung mit uns ab, dann trifft es nicht zu, daß zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft nur „der Grad der erforderlichen Offenheit" verschieden sei, dann gilt vielmehr für

---

für wesentlich halten. (Lenel, S. 4; Rümelin, S. 158.) Während nun Rümelin in der Annahme des § 151 eine Willenserklärung sieht, auf diesem Wege also zu einer direkten Anwendung des § 164 auf § 151 gelangt, für den Fall einer anderen Rechtsnatur dieser Annahme aber übrigens die Frage einer analogen Anwendung offen läßt, sieht sich Lenel bei seinem Anerkenntnis der Vertretungsmöglichkeit bei dem erklärungslosen Willensgeschäft des § 151 vor die von ihm bejahte Frage gestellt, ob die direkte Stellvertretung auf Seiten des Vertreters auch ohne erklärtes „Handeln in fremdem Namen" möglich sei. Vgl. zur Bedeutung der Erklärung in diesem Zusammenhang Manigk, RG., S. 384; WE., S. 568 ff. und Jeroschewitz, S. 80, mit Literaturangaben.

[6]) Manigk, RG., S. 365 ff., S. 391; WE., S. 569, 583 ff., 589; Jeroschewitz, S. 81 ff.

[7]) Rümelin i. Arch. S. 175; ebenso Staudinger-Riezler, Bd. I, § 164, 5 d, S. 688.

[8]) F. Leonhard, Vertretung, S. 2 ff.

[9]) F. Leonhard, a. a. O., S. 3.

die Annahme nach § 151 das Offenheitsprinzip überhaupt nicht[10]). Wem gegenüber sollte denn hier hervortreten, daß das Geschäft nicht als Eigen-, sondern als Vertretungsgeschäft gemeint ist? Nach der zutreffenden herrschenden Lehre braucht die Erkennbarkeit des „Handelns in fremdem Namen" nur für den Geschäftsgegner vorhanden zu sein. Wie bei der Annahme überhaupt, so genügt auch zur Kenntlichmachung der bei ihr stattfindenden Vertretung nicht, daß sie nur anderen Personen gegenüber erfolgt[11]). Denn „das Offenheitsprinzip bedeutet lediglich eine Schutzmaßregel im Interesse und zugunsten des Gegenkontrahenten, der ein Recht darauf hat, zu wissen, wer sein Vertragsgegner ist"[12]). — Im Falle des § 151 hat aber der Antragende gerade auf die Sicherheit der Mitteilung, auf die Erkennbarmachung der Annahme ihm selbst gegenüber verzichtet. Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, was für ein Interesse er an der anderweiten Mitteilung der vertretungsweisen Annahme seines Antrags haben sollte. Gefordert kann nur die tätige Ausführung des auf vertretungsweise Annahme gerichteten Rechtsfolgewillens werden.

Abschließend fassen wir das Ergebnis über die Rechtsstellung des Kindes bei der obligatorischen Annahme der Schenkung, die ihm von dritter Seite gemacht wird, dahin zusammen:

> Das Kind selbst kann die Schenkung nicht annehmen. Der Schenker muß sein Angebot an dessen gesetzlichen Vertreter richten. Dieser nimmt es durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung, im Falle des Verzichts des Schenkers auf eine Annahmeerklärung oder, wenn eine solche nach den Umständen nicht zu erwarten ist, durch Willensgeschäft im Sinne des § 151 für das Kind an, indem er seinen Willen, für das Kind anzunehmen, ausführt.

---

[10]) Jeroschewitz, S. 29, 85; Manigk, RG., S. 392; WE., S. 573 ff.; Oertmann, Bd. I, § 164, 1 e α, S. 607; Rümelin i. Arch., S. 180 ff.; Lenel, S. 12 ff.; Hölder, § 164, 2, S. 357; a. A. u. a. Staudinger-Riezler, Bd. I, § 164, 5 d, S. 688.

[11]) So z. B. von Tuhr, Bd. II, 2, § 84, III, S. 341 ff.; Planck-Flad, Bd. I, § 164, 1 a, S. 432; Oertmann, Bd. I, § 164, 1 b, S. 604; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 164, 3 b, S. 61; Manigk, WE., S. 467, 573; Jeroschewitz, S. 85.

[12]) Bruns, S. 5.

II. Teil.

§ 9.

Haben wir bisher die Rechtsstellung des Kindes bei Schenkungen von dritter Seite betrachtet, so wenden wir uns jetzt der Frage zu, ob der gesetzliche Vertreter selbst dem von ihm vertretenen Kinde eine Schenkung machen kann.

Wie wir gesehen haben, kann das Kind selbst keine Schenkung annehmen, kann dies nur der gesetzliche Vertreter für das Kind. Ist nun dieser selbst der Schenker, so tritt er bei der Schenkung an das von ihm vertretene Kind in zweifacher Stellung auf: von sich aus ist er Schenker — als Vertreter des Kindes ist er Schenkungsempfänger. Es fragt sich, ob er eine solche Vertretungshandlung für das Kind mit sich selbst als Eigenperson, eine Schenkung im Wege des Vertragsschlusses mit sich selbst vornehmen kann.

Bevor wir uns dieser Frage zuwenden, wollen wir uns jedoch zunächst über die Rechtsnatur dieses Selbstkontrahierungsgeschäfts Klarheit zu verschaffen suchen.

Der Ansicht, daß der Vertragsschluß mit sich selbst an sich möglich sei, und der bei ihm stattfindende Vorgang die Tatbestandserfordernisse eines Vertrages enthalte, der Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst also ein wahrer Vertrag sei[1]), stehen zwei Meinungen gegenüber, die sich darin einig sind, daß ein grundlegender Unterschied zwischen dem Vorgang beim gewöhnlichen Vertragsschluß und dem des Vertreters mit sich selbst bestehe. Während aber die eine Gruppe aus dem Mangel eines vertraglichen Tatbestandes beim Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst auf dessen Unmöglichkeit schloß[2]), erkennt die andere unter Führung Rümelins[3]) wenigstens die Vertragswirkung des Selbstkontrahierungsgeschäfts an, konstruiert aber zu ihrer Erklärung einen einseitigen Rechtsakt sui generis, dem die Rechtsordnung Vertragswirkung beigelegt habe[4]).

Dafür, daß es unrichtig war, die Möglichkeit des Selbstkontrahierens zu verneinen, spricht schon die Tatsache, daß, wie

---

[1]) Zuerst vertreten von Römer, S. 67 ff.; sich ihm anschließend Kohler, Abhandlungen, S. 8 N. +; v. Hahn, S. 73; RGZ., Bd. 6, S. 11 ff., insb. S. 13; ebenso Bd. 7, S. 119/20; Bd. 43, S. 164/5.

[2]) So u. a. Lepa S. 226, 230 ff.; Muskat, S. 507 ff.; Sprinz, S. 4, 18.

[3]) Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 18/9.

[4]) u. a. Boehm, S. 24; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 1, S. 735; Dreist, S. 16/7; Hupka, S. 276, der aber in Abweichung von Rümelin eine besondere positive Sanktionierung des einseitigen Rechtsgeschäfts nicht für erforderlich hält. Hiergegen wieder im Sinne Rümelins; Samson, S. 15 ff., 23 ff.; Regelsberger, Pand., § 149, I, 3, S. 545; Salmann, S. 374 ff.

wir noch sehen werden, die Rechte aller Zeit den Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst gekannt und — wenn auch aus bestimmten, später noch zu erörternden Gründen nur ausnahmsweise — für zulässig erklärt haben. Es kann sich somit für uns nur noch um die Erörterung der Frage handeln, ob das Selbstkontrahierungsgeschäft ein einseitiger Rechtsakt sui generis oder ein Vertrag ist.

Die Ansicht, die im Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst einen einseitigen Rechtsakt erblickt, vermißt im wesenlichen drei Voraussetzungen des Vertragstatbestandes beim Selbstkontrahierungsgeschäft, die sich dahin zusammenfassen lassen:

1. Beim Selbstkontrahieren trete nur eine Person, die des Vertreters, in Erscheinung — der Vertragskonsens erfordere aber die Beteiligung mindestens zweier Personen[5]).
2. Beim Selbstkontrahieren sei nur ein Willensentschluß einer Person vorhanden, liege immer nur ein einziger Wille, der des Selbstkontrahenten, vor. — Der Vertrag dagegen erfordere die Einigung zweier selbständiger Willen[6]).
3. Der beim Selbstkontrahieren vorliegende einseitige Willensentschluß könne auch nur einseitige Äußerung finden[7]). — Zum Tatbestand des Vertrages gehöre aber die gegenseitige Erklärung der beiden Vertragswillen.

All diese Bedenken vermögen jedoch die hier vertretene Ansicht, daß im Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst ein wirklicher Vertragsabschluß liegt, nicht zu erschüttern. Und zwar wird diese Ansicht vom Gesetzgeber insofern unterstützt, als er in § 181 von der Vornahme eines Rechtsgeschäftes im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen spricht. Er bringt damit zum Ausdruck, daß der Vertreter mit sich begrifflich in gleicher Weise Rechtsgeschäfte vornehmen kann wie mit dritten Personen.

Was den dem Vertragsbegriff wesentlichen consensus duorum anbetrifft, so ist davon auszugehen, daß in der Regel jedes Rechtssubjekt nur über einen Rechtskreis, nämlich seinen eigenen, Verfügungsmacht besitzt. Infolgedessen werden in der Regel mehrere, mindestens zwei physische Personen auftreten müssen, wenn sie ihre verschiedenen Rechtssphären miteinander in Verbindung bringen wollen. Als Ausnahme von dieser Regel finden wir aber im direkten Stellvertreter eine physische Person, die zwei

---

[5]) Muskat, S. 511, 519; Salmann, S. 370 ff.; insb. S. 372/3; Boehm, S. 23.

[6]) Dreist, S. 16; Sprinz, S. 3; Boehm, S. 23/4.

[7]) Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 16; Samson, S. 13; Dreist, S. 15; Sprinz, S. 4.

Subjekte bzw. Vermögenskomplexe vertritt: er ist einmal als rechtsfähige Person Subjekt seiner eigenen Rechte, außerdem sind ihm noch die Rechte des Vertretenen zur Ausübung übertragen[8]). Damit vereinigt der Vertreter in dieser seiner Eigenschaft zwei Parteirollen in sich, ist er einmal Eigenperson, auf der anderen Seite Vertreter. Seine physische Person fällt in rechtlicher Beziehung in zwei Persönlichkeiten auseinander, eine Tatsache, die nach Predaris[9]) Ansicht nichts Widersinniges enthält.

Gibt man diese Doppelstellung des Vertreters zu, dann ist es psychologisch auch denkbar, „daß der Vertreter sozusagen von zwei verschiedenen seelischen Standpunkten aus zwei Willen faßt und in einem bestimmten Punkte miteinander vereinigt"[10]). In diesem Sinne sprechen auch die Motive[11]) von einem Doppelwillen des selbstkontrahierenden Vertreters. Und ein solcher liegt auch in der Tat vor: der selbstkontrahierende Vertreter will nicht für sich o d e r den von ihm Vertretenen, sondern für sich u n d den von ihm Vertretenen[12]). Er will als Eigenperson die Schenkung machen und als Vertreter eben dieselbe Schenkung für den von ihm Vertretenen annehmen.

Daher trifft es, um auf ein Bild Bechmanns einzugehen, nicht zu, daß der selbstkontrahierende Vertreter seine Seele in zwei Hälften spalte und diese miteinander kontrahieren lasse[13]). Vielmehr verhandeln und kontrahieren beim Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst dessen beide Seelen, die ihm der Gesetzgeber mit seiner Doppelstellung für das Rechtsleben verliehen hat. Diese beiden im Schenken- und Annehmen-Wollen übereinstimmenden Willen verbindet der selbstkontrahierende Vertreter in sich und führt so eine Willenseinigung herbei, die sich damit allerdings im Innern einer physischen Einzelperson vollzieht. Diese Tatsache erscheint uns aber im Gegensatz zu Bechmann[14]) unerheblich. Zwar kann der Meinung Sieberts[15]), von der Möglichkeit einer solchen inneren Einigung gebe uns schon

---

[8]) Böckelmann, S. 9 ff.; Siebert, S. 10.

[9]) Predari, S. 681.

[10]) Muskat, S. 519. Seine Ansicht, diese Vorstellung erweise sich aber als juristisch unbrauchbar, „weil der Vorgang ein rein psychologischer bleibe und niemals sich äußerlich dokumentieren könne", wird widerlegt durch das im Wege des Vertragsschlusses mit sich selbst vorgenommene f o r m a l e Rechtsgeschäft, bei dem sich der Doppelwille des Vertreters in aller Öffentlichkeit in zwei Erklärungen offenbart. Vgl. oben S. 34, 35.

[11]) Motive, Bd. I, S. 224; ebenso RGZ., Bd. 56, S. 106.

[12]) So auch Böckelmann, S. 112; Kößler, S. 565, N. 4; Schaps, S. 428.

[13]) Bechmann, S. 288.

[14]) a. a. O.

[15]) Siebert, S. 16/7.

die Sprache ein anschauliches Bild, indem man nicht nur mit anderen, sondern auch mit sich selbst einig werden könne, in dieser Allgemeinheit nicht beigestimmt werden. Die von Siebert angezogene Einigung im Innern einer Einzelperson kann als Ausgleichung widerstrebender Erwägungen auch unserer Ansicht nach immer nur zu einem Willens e n t s c h l u ß führen[16]). Vereinigt aber der selbstkontrahierende Vertreter in seiner Person zwei Rechtspersönlichkeiten, legt man somit die für b e i d e Vertragsteile maßgebenden Willen in seine physische Einzelperson, so gibt man ihm damit die Möglichkeit, in seinem Innern einen c o n sensus herbeizuführen, eine Tatsache, die insofern nichts Ungewohntes darstellt, als uns das Gesetz selbst in der Bestimmung des § 151 die Möglichkeit eines inneren Konsenses bietet[17]). So sagt auch das Reichsgericht[18]): „Die Willenseinigung, die innerhalb des Vertreters beider Parteien vor sich geht, genügt ebensogut wie dort, wo sich die Vertragsschließenden persönlich mit ihrem Willen gegenüberstehen."

Zugestehen müssen wir allerdings der Gegenansicht, daß beim Selbstkontrahieren nur ein Willensentschluß erfolgt, der Willensentschluß des Vertreters, dem von ihm vertretenen Kind eine Schenkung zu machen. Fehlt es aber einmal an Beweisen dafür, daß sich der zum Vertragsschluß erforderliche Wille mindestens zweimal als Entschluß betätigt haben müsse[19]), so ist beim Vertrag, wie bei jedem Rechtsgeschäft, nicht der Willensentschluß als innere Tatsache, sondern die Betätigung des Rechtsfolgewillens das wirksame Element[20]). Daß aber beim Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst wie beim regelmäßigen Vertrag zwei Willensbetätigungen, und zwar, dem formalen Charakter dieses Rechtsgeschäfts entsprechend, ausdrückliche Willenserklä-

---

[16]) Bechmann, S. 288; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 16.

[17]) So auch Manigk, Vertragsschluß, S. 230 N. 2.

[18]) RG. in Gruch. Bd. 56, S. 895. Das RG. behandelt zwar hier nicht speziell unseren Fall des Vertragsschlusses des Vertreters mit sich selbst, sondern den anderen Fall des „Selbstkontrahierens", daß der Vertreter beide Vertragsparteien gegenseitig vertritt. Daß aber nach der Auffassung des RG. in der rechtlichen Behandlung beider Fälle kein Unterschied besteht, ergibt seine Verweisung, die es in seiner Entscheidung im 7. Bd., S. 120, in der es den Fall des Vertragsschlusses in eigenem Namen mit sich selbst als Vertreter eines anderen behandelt, auf die Entscheidung im 6. Bd., S. 11 ff. vornimmt, in der die Frage zur Erörterung stand, ob der Stellvertreter eines anderen in dieser Eigenschaft mit sich selbst als Stellvertreter eines Dritten einen Vertrag schließen kann. Für Gleichheit in der Behandlung beider Fälle u. a. auch unsere Gegner: Hupka S. 264; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 28 ff.; 229; Salmann, S. 370; Bechmann, S. 287; ebenso Meissels, S. 525; Siebert S. 15.

[19]) Meissels, S. 529; Siebert, S. 16.

[20]) Vgl. oben S. 18; ebenso v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 361.

rungen vorliegen, tritt deutlich beim formellen Selbstkontrahierungsgeschäft hervor, z. B. bei der Schenkung des Vertreters an den von ihm Vertretenen, die ein Grundstück zum Gegenstand hat. § 313. Hier gibt der selbstkontrahierende Vertreter nicht eine einzige Erklärung ab, sondern zwei inhaltlich verschiedene: im eigenen Namen die des Schenkers, daß er das Grundstück schenke, namens des Vertretenen die des Schenkungsempfängers, daß er die Schenkung annehme[21]).

Die Annahme, der Wille des Vertreters enthalte zwei Willen, von denen der Vertreter beim Selbstkontrahieren zunächst erklärt, daß er für sich wolle, und darauf die korrespondierende Erklärung abgibt, daß er für den anderen wolle, beruht also, wie das formelle Selbstkontrahierungsgeschäft zeigt, nicht auf einer „Fiktion", einer „Scheinoperation"[22]). Beim formellen Selbstkontrahierungsgeschäft finden wir in der Tat zwei Willen, die ihre zweiseitige Erklärung finden. Daß diese doppelseitige Erklärung aus dem nur einen Mund des Vertreters erfolgt, erscheint uns ebenso unerheblich wie die Tatsache der innerlichen Vertragseinigung beim selbstkontrahierenden Vertreter. Hier wie dort kann es nicht auf Äußerlichkeiten, sondern lediglich darauf ankommen, daß die beiden Willen wie ihre Erklärungen materiell vorhanden sind[23]). —

Bei einem den Gegenstand des Selbstkontrahierens bildenden n i c h t formellen Rechtsgeschäft fällt freilich der äußere Hergang im allgemeinen in einen Akt zusammen und tritt deshalb nicht so offensichtlich zu Tage. Hält man sich aber vor Augen, daß die Rechtsnatur des Selbstkontrahierungsgeschäfts nur von der Natur, unmöglich aber von der Form des seinen Gegenstand bildenden Rechtsgeschäfts abhängig sein kann, so muß auch beim formlosen vertraglichen Rechtsgeschäft der Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst ein wahrer Vertrag sein[24]).

Uns will scheinen, daß einen Hauptgrund für dessen Bestreiten der Umstand bildet, daß man dem Vertragsbegriff unter allen Umständen eine Willenserklärung für wesentlich hält. Hieraus er-

---

[21]) So auch v. Tuhr, a. a. O.; Oertmann, Bd. I, § 181, 4 b, S. 665; Kößler, S. 565 N. 4; Huther, S. 332.

[22]) So z. B. Dreist, S. 15; Samson, S. 13 ff.; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 16.

[23]) Schaps, S. 428.

[24]) Dernburg, Vormundschaftsrecht, S. 204 N. 5. So auch im Ergebnis: v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 362; Oertmann, Bd. I, § 181, 4 b, S. 663; Planck-Flad, Bd. I, § 181, 1, S. 479; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 168, III, S. 553; Schaps, S. 428; Kößler, S. 565 N. 4; Mitteis, S. 197/8; Gierke, Bd. I, § 93, S. 299 N. 70; Meißels, S. 520 ff.; Böckelmann, S. 12; Siebert, S. 14 ff.; Matthiaß, § 56, V, B. a. S. 134; RG. i. Gruch. Bd. 56, S. 894/5.

klärt sich Lepas Frage[25]), wie man sich eine Erklärung denken solle, die der Erklärende gegen sich selbst abgibt. In dieser Form ist die Frage falsch gestellt. Nicht darauf kommt es an, w i e ich mir gegenüber eine Erklärung abgebe, sondern darauf, o b es überhaupt einer Erklärung b e d a r f, wenn ich mit mir selbst verhandele.

Die Willenserklärung dient, wie wir erkannt haben, dem Kundgebungszweck und damit dem Interesse des Gegners an einer Erklärung[26]). Aus diesem Interesse heraus hat der Gegner das Wie und das Ob[27]) der Erklärung in seiner Hand. Die Erklärung ist als Mitteilung in beiden Richtungen ein verfügbarer Wert und unterliegt auch dem Verzicht. So entfällt das Erfordernis der Erklärung nach § 151, wenn der Antragende mangels Interesses an einer Erklärung auf sie verzichtet hat oder wenn die Verkehrssitte ein Interesse an einer Erklärung nicht anerkennt. Diese beiden in § 151 normierten Fälle erschöpfen dieses Gebiet jedoch nicht. Erkennt so Manigk im engen Anschluß an das Verkehrsgebot auch das gesetzliche Gebot als weiteren Titel für den Fortfall der Erklärung an[28]), so finden wir im Selbstkontrahierungsgeschäft aus der Natur der Sache heraus einen weiteren Anwendungsfall, in welchem das Interesse des Gegners an einer Erklärung entfällt.

Beim selbstkontrahierenden Vertreter sind beide Parteien in der Person des Vertreters vereinigt, Der Antragende ist auch der Empfänger der Antragserklärung. Infolgedessen ist ihm die Erklärung, welche er als antragende Eigenperson an sich als antragsempfangenden Vertreter abgeben will, von vornherein bekannt und besteht für ihn kein Interesse an einer Erklärung dieses Antragswillens[29]).

Ebenso wie seinen Antragswillen kennt der selbstkontrahierende Vertreter aber auch von vornherein seinen Willen, die Schenkung für das von ihm vertretene Kind anzunehmen. So hat der selbstkontrahierende Vertreter auch kein Interesse an einer Erklärung des Annahmewillens sich selbst gegenüber. Ist unter diesen Umständen eine Erklärung der Annahme durch den Vertreter an sich als Eigenperson nicht erforderlich, so steht der Ansicht nichts im Wege, daß die Annahme beim Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst bei einem formlosen Rechtsgeschäft im

---

[25]) Lepa, S. 231; Sprinz, S. 7.

[26]) Vgl. Manigk, WE., S. 517 ff.

[27]) Manigk, WE., S. 518.

[28]) Manigk, WE., S. 519.

[29]) So auch v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84 VI, S. 362; Hachenburg, § 36, Anm. 13 S. 38; Hölder, § 181, S. 381; Hellmann, Vorträge, S. 64.

Wege des Willensgeschäfts nach § 151 zustande kommt[30]).

Nichts hindert zwar den selbstkontrahierenden Vertreter daran, auch hier seinen von uns festgestellten, in sich geeinigten Doppelwillen[31]) zweifach zu betätigen. Einen diesbezüglichen Zwang auf ihn auszuüben, bietet das Gesetz jedoch keine Handhabe. Hat er ja doch als Repräsentant beider Parteien beim formlosen Rechtsgeschäft allein die Art des Vertragsabschlusses zu bestimmen und als Selbstgegner das Ob der Erklärung ausschließlich in seiner Hand.

Der hier eingeschlagene Weg berücksichtigt im Gegensatz zu Rümelins Theorie vom „einseitigen Rechtsakt sui generis" in gleichem Maße nicht formelles wie formelles[32]) Rechtsgeschäft, welch letzteres die Gegenansicht auffallenderweise gar nicht erwähnt. Grade bei ihm hätte ihr die Vertragsnatur des Selbstkontrahierungsgeschäftes zum Bewußtsein kommen müssen. Beide Ansichten treffen sich aber in dem Erfordernis einer Willensbetätigung, deren Art der des Willensgeschäfts entspricht, indem die Gegenansicht[33]) wie wir bei § 151[34]) jedes wahrnehmbar in die äußere Erscheinung-Treten genügen läßt. Ganz in unserem Sinne zu § 151 begnügt sich Rümelin[35]) mit jedem „äußerlich erkennbaren und kontrollierbaren Akt, bei dem es auch dem Handelnden selbst klar wird, daß jetzt ein entscheidender, nicht beliebig rückgängig zu machender Schritt getan wird". Warum konstruiert da

---

[30]) Im gleichen Sinne Hellmann, Vorträge, S. 64; im Ergebnis ebenso RG. i. Gruch. Bd. 56, S. 895, indem es ausführt: „... einer Willenserklärung bedarf es nur zu dem Zwecke, um gegenseitig den Willensinhalt zur Kenntnis zu bringen. Erfolgt die Willensbildung für beide Parteien durch ihren gemeinsamen Vertreter (vgl. oben S. 34 N. 18) in sich, so fällt das Erfordernis einer Erklärung des Willens von selbst fort." Ebenso Motive, Bd. I, S. 224: „Aus dem Vertragsbegriff folgt nur, daß es nicht genügt, wenn die gedachte Person den Doppelwillen lediglich in ihrem Innern faßt... Treten aber äußere Tatsachen hinzu, welche den auch für Dritte erkennbaren Vertragswillen bzw. Vertragsabschluß zur Genüge ergeben, so läßt sich das Zustandekommen eines gültigen Vertrages als möglich nicht in Abrede stellen."

[31]) Vgl. oben S. 32, 33.

[32]) Bei dem, wie wir auf S. 16 N. 3 gesehen haben, § 151 keine Anwendung finden kann.

[33]) u. a. Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 108, 232 ff.; Samson, S. 31 N. 1 unter berechtigter Ablehnung der Ansicht Hupkas S. 278/9; Kohler, Vertrag, S. 6; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 362; Planck-Flad, Bd. I, § 181, 1 a, S. 480; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 8, S. 740; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 168, III, S. 553.

[34]) Vgl. oben S. 19. In diesem Zusammenhang sind die obigen Ausführungen insofern nur von theoretischer Bedeutung, als die Praxis beim obligatorischen Grundgeschäft vom Erfordernis der Willensbetätigung absieht. So verlangt z.B. das RG. i. Gruch. Bd. 56, S. 895 nur für den

die Gegenansicht erst eigens zu diesem Zweck einen Rechtsakt sui generis, wenn man, wie wir sehen, mit dem vom Gesetz ermöglichten Willensgeschäft des § 151 zum gleichen Ziel gelangt?

§ 10.

Neben diesen konstruktiven Schwierigkeiten bot der Gedanke des Selbstkontrahierens von jeher rechtspolitische Bedenken. Der für den Vertretenen mit sich selbst kontrahierende Vertreter handelt in sich selbst. Die Interessen beider sich in seiner Person einander gegenüberstehenden Parteien sind ihm anvertraut. Droht dem Vertretenen bei dieser Möglichkeit einer Interessenkollision in der Person seines Vertreters nicht stets die Gefahr einer Benachteiligung?

Diese Frage fand in der Wissenschaft eine verschiedene Beantwortung.

So geben z. B. Behrend[1]) und Mitteis[2]) zwar die juristische Möglichkeit des Selbstkontrahierens zu, halten aber ein solches Auftreten des Stellvertreters in doppelter Eigenschaft nur dann für zulässig, wenn dadurch keine „unstatthafte" Interessenkollision herbeigeführt werde. Lepa[3]) gelangt in diesem Zusammenhang sogar zur allgemeinen Unzulässigkeit des Vertragsschlusses mit sich selbst, indem er die Ansicht vertritt, ein Selbstkontrahieren ohne Interessenverletzung eines Vertragsteilnehmers sei überhaupt undenkbar. „Auf dem Gebiete des privatrechtlichen Vermögensverkehrs lägen die Verhältnisse immer so, daß, wer bei Abschluß eines Vertrages das Interesse der einen Partei fördern wolle, dem Interesse der anderen entgegenarbeiten müsse".

Diese Ansicht fand in der Wissenschaft und Praxis scharfen Widerspruch[4]). Wir für unseren Teil können uns damit begnügen, auf das uns beschäftigende Rechtsgeschäft, die Schenkung des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind, hinzu-

---

Fall, daß es sich um die Vornahme eines Erfüllungsgeschäfts, das in der Welt der Erscheinungen vor sich geht, handele, wie Besitz und Eigentumsübertragungen, daß dieses allerdings auch äußerlich durch die Tat für andere erkennbar, der Dritten gegenüber wirksame gewollte Zustand auch augenfällig gemacht werde, wenn die Vornahme durch den beiderseitigen Bevollmächtigten erfolgt; nicht aber dann, wenn die Verknüpfung rein obligatorischer, nur zwischen den Parteien wirksamer Verbindlichkeiten durch Willenseinigung der Vertragsschließenden vorgenommen werde. — Ebenso Hachenburg, § 36, Anm. 13, S. 38.

[35]) Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 108; ebenso Brodmann, § 20, S. 148.

[1]) Behrend, § 49 N. 3, S. 345.

[2]) Mitteis, S. 198.

[3]) Lepa, S. 234 ff.

[4]) z. B. bei Hupka, S. 283 ff.; Muskat, S. 518; Böckelmann, S. 13; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 25 ff.; Boehm, S. 51; RGZ., Bd. 6, S. 14.

weisen. Bei ihr liegt, wie wir noch sehen werden, eine Benachteiligung des Kindes nicht vor, ihr gegenüber erweist sich Lepas Theorie also als unrichtig[5]). Im übrigen kann man, worauf Hupka mit Recht hinweist[6]), von diesen Erwägungen Lepas aus niemals zur Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens gelangen. „Die gewissenhafte Wahrung der Parteiinteressen beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts bildet weder ein positives Gültigkeitserfordernis des Rechtsgeschäfts als solchen noch auch ein Wesensmoment der Stellvertretung". Die Frage der Interessenkollision kann vielmehr nur eine Frage der Zweckmäßigkeit sein[7]), die Frage, ob es unter diesen Umständen zweckmäßig erscheint, das Selbstkontrahieren des Vertreters zuzulassen oder nicht.

Welchen Standpunkt das positive Recht dieser Zweckmäßigkeitsfrage gegenüber eingenommen hat, möge folgender geschichtlicher Rückblick zeigen:

Das römische Recht ließ die direkte Stellvertretung im allgemeinen nur beim Erwerb des Besitzes und der durch ihn vermittelten Rechte, z. B. der Tradition[8]), zu, schloß sie aber namentlich für den obligatorischen Verkehr fast ganz aus[9]). Infolgedessen können wir von ihm auf diesem Gebiet auch keine Allgemeinregelung des Selbstkontrahierungsgedankens als eines Spezialfalls des allgemeinen Vertretungsinstituts erwarten. Nur bei den Ausnahmen, bei denen die Römer eine Vertretung überhaupt zuließen, vor allem bei der Schuldleistung und der Darlehnshingabe[10]), wäre der Weg für eine Anerkennung der Selbstkontrahierungsmöglichkeit frei gewesen. Und in der Tat finden wir bei ihnen das Selbstkontrahieren für zulässig erklärt. So erkannte das römische Recht für den tutor die Wirksamkeit von Zahlungen an, welche er an sich selbst als Gläubiger seines Mündels aus dessen Vermögen oder als dessen Schuldner aus seinem eigenen Vermögen an sich selbst als Vormund leistete[11]).

Das römische Recht anerkannte ferner die Wirksamkeit von Darlehen, welche der tutor sich selbst aus dem Vermögen des

---

[5]) So auch Hupka S. 283; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 234.

[6]) Hupka, S. 284.

[7]) Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 25; Böckelmann, S. 12; Siebert, S. 19.

[8]) F. Leonhard, Vertretung, S. 17; Mitteis, S. 51 ff.; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 164, 1, S. 683; Dreist, S. 6 ff.; Brodmann, § 16, S. 112.

[9]) Mitteis, S. 9 ff, 13 ff., 32 ff.; Hupka, S. 7/8; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 40.

[10]) Mitteis, S. 67/8; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 40.

[11]) L. 9 §§ 3—5 D. de administr. et periculo tutor. (26, 7) Ulpianus, L. 7 § 5 eod.; L. 5 § 14 D. de neg. gest. 3, 5, L. 3; § 6 D. de contr. tut. et ut ait (27,4).

Mündels gewährte[12]); ferner Kaufverträge, durch welche der Vertreter von ihm zum Verkauf gebrachte Sachen des Mündels im Wege der öffentlichen Versteigerung selbst erwarb[13]).

Alle diese ausdrücklich zugelassenen Selbstkontrahierungsgeschäfte mußten aber, um den Vertretenen vor Willkür und Benachteiligung durch den allein handelnden tutor zu schützen, „palam aperteque"[14]), d. h. äußerlich erkennbar, vorgenommen werden. Der tutor mußte bei ihnen offen und redlich zu Werke gehen[15]). Über diese unter dieser Voraussetzung zugelassenen Ausnahmen hinaus war den tutoren der Vertragsschluß mit sich selbst bei Geschäften, durch die ihnen ihre Pflegebefohlenen verpflichtet werden sollten, untersagt[16]).

Im deutschen Recht war eine Stellvertretung bei Rechtsgeschäften ursprünglich überhaupt unbekannt. „Wie es unbedingte Ehrensache war, in allen Vorkommenheiten des Lebens seinen Mann zu stehen und persönlich einzustehen für alles, was einen traf, so war es auch Recht und Pflicht eines Jeden, nicht für sich sorgen zu lassen, wo es sich um Rechtsgeschäfte handelte[17])." Ein jeder mußte vielmehr sein Recht selbst vertreten. Erst seit dem 17. Jahrhundert wurde in Deutschland die allgemeine Zulässigkeit der Stellvertretung im Prinzip anerkannt[18]). Aber auch das ALR hat wie das römische Recht das Problem des Selbstkontrahierens nirgends prinzipiell gelöst[19]). Das Reichsgericht[20]) hebt zwar in dieser Hinsicht die Bestimmung II, 2 § 169 hervor, die allerdings von einem „sich selbst zum Schuldner der Kinder Bestellen" des Vaters spricht. Halten aber auch wir diese Bestimmung „als eine jener populären Ausdrucksweisen des ALR, welche aus dem Bestreben der Gemeinverständlichkeit hervorgegangen, die Schärfe der juristischen Terminologie vermissen läßt"[21]), für nicht klar genug, um aus ihr Schlüsse auf eine allgemeine Zulassung des Selbstkontrahierens zu ziehen, so scheinen uns die Bestimmungen der §§ 28, 29, 253, 254 II 18 ALR von

---

[12]) L. 9 § 7 D. de adminsitr. et periculo tutor (26, 7) L. 54 D. eod.

[13]) L. 2 §§ 8, 9 D. pro emptore (41, 4) Paulus.

[14]) Vgl. L. 54 D. de administr. et periculo tutor (26, 7).

[15]) Hupka, S. 282; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 164; Boehm, S. 50/1; Römer, S. 85.

[16]) Hupka, S. 298.

[17]) Heusler, Bd. I, § 47, S. 203; ebenso Dreist, S. 9.

[18]) Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 166, III, S. 547; Hupka, S. 9; Savigny, Obligationenrecht, § 58, S. 69; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 164, 1, S. 683; Lehmann, § 36, I, 1 c, S. 266.

[19]) Muskat, S. 540; Samson S. 66; Dreist, S. 46.

[20]) RGZ., Bd. 6, S. 15.

[21]) Muskat, S. 541.

größerer Bedeutung[22]). Nach ihnen konnten der Vater mit seinem Kinde und der Vormund mit dem seiner Pflege Befohlenen selbst keine Verträge oder Handlungen, wodurch dieser ihnen verpflichtet werden sollte, vornehmen — mußten sie, wenn sie etwas in ihren eigenen Angelegenheiten mit dem Kinde zu verhandeln hatten, auf Bestellung eines besonderen Kurators dazu antragen[23]).

Ebenso war nach § 1919 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Verträgen zwischen dem Vormund und dem Pflegebefohlenen, durch welche der Letztere verpflichtet werden sollte, die Bestellung eines besonderen Vormunds für den Vertretenen und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

Für das Recht des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs folgt argumento e contrario aus § 1009, daß der Gewalthaber nicht berechtigt ist, bei zweiseitigen Geschäften sich und den Vertretenen zu vertreten[24]). Daher muß nach § 271 bei Geschäften, welche zwischen Eltern und ihrem Kind oder dem Vormund und diesem vorfallen, stets das Gericht angegangen werden, für das Kind einen besonderen Kurator zu ernennen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur für den Fall, daß „die Natur der konkreten Ermächtigung eine ausdrückliche Zustimmung zu solcher Doppelvertretung mit sich bringt". Hierunter begreift Krainz den Fall, daß Eltern Geld in die Sparbüchse ihres Kindes legen[25]) — also dem Kinde eine Schenkung machen.

Aus dieser Zusammenstellung folgt, daß alle angeführten Rechte das Verbot des Selbstkontrahierens für den gesetzlichen Vertreter ausdrücklich nur für den Fall aufstellten, daß der Vertretene durch das Selbstkontrahierungsgeschäft seinem Vertreter gegenüber verpflichtet werden soll. Bei einem solchen Geschäft besteht in der Tat die Gefahr, daß dieser sich mehr von seinem Interesse als dem des von ihm Vertretenen leiten läßt. Wie aber, wenn das Bestreben, den Vertretenen vor Willkür und Benachteiligung durch das Insichhandeln des Vertreters zu schützen, durch die Natur des Rechtsgeschäfts hinfällig wird, der Vertretene wie bei der Schenkung durch das Selbstkontrahierungsgeschäft nicht verpflichtet, sondern, wie wir noch sehen werden, im Gegenteil ausschließlich berechtigt wird? Das österreichische Recht läßt für diesen Fall einen Vertragsschluß des Vertreters mit sich selbst

---

[22]) Diese Paragraphen sind zwar durch die am 1. Januar 1876 in Kraft getretene Vormundschaftsordnung vom 5. 7. 1875 förmlich aufgehoben, der Sache nach aber durch § 86 dieser VO. aufrechterhalten. Siehe Dernburg, Vormundschaftsrecht S. 309 i. V. m. S. 203/4; RGZ., Bd. 41, S. 231.

[23]) Vgl. Dernburg, Vormundschaftsrecht, S. 203/4.

[24]) Krainz, § 125, 1, S. 105.

[25]) Krainz, a. a. O., N. 9, S. 106.

zu. Die anderen Rechte behandeln diesen Fall nicht. Kann man aus diesem ihrem Schweigen im Gegensatz zu ihren nur Verpflichtungsgeschäfte des Vertretenen betreffenden Verboten nicht auf eine Zulassung des Selbstkontrahierens des Vertreters bei den Vertretenen ausschließlich berechtigenden Geschäften schließen?

Rümelin zog für das gemeine Recht diesen Schluß, erklärte das Selbstkontrahieren für allgemein zulässig, sofern das einzelne Geschäft nachweisbar zur Zeit seines Abschlusses für den Vertretenen nützlich ist, dessen Interesse entspricht[26]). Ihm gegenüber bestreiten vornehmlich Eck[27]) und Salmann[28]), daß das Selbstkontrahieren im gemeinen Recht eine so weitgehende Zulassung gefunden habe, hält Eck es im übrigen nicht für zweckmäßig, die Gültigkeit einzelner Selbstkontrahierungsakte von ihrer Nützlichkeit für den Vertretenen abhängig zu machen, da dieses Kriterium äußerst schwer zu handhaben sei und die höchste Unsicherheit nicht nur für die beiden Vertragsteile, sondern auch für dritte Personen hervorbringen würde.

§ 11.

Prüfen wir nun, wie sich das BGB zu dieser Frage stellt.

Das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem von ihm vertretenen Kind, der Umfang seiner gesetzlichen Vertretungsmacht, ist im Familienrecht geregelt. Danach bestehen ausdrückliche Vorschriften über den Umfang der Vertretungsmacht des Vaters in den §§ 1630 Abs. II i. Verb. m. §§ 1795, 1641, 1643 Abs. I i. Verb. m. § 1821 Abs. I Ziff. 1—3, Abs. II, § 1822 Ziff. 1, 3, 5, 8—11, für den Vormund darüber hinaus in §§ 1804, 1821 Abs. I Ziff. 4, 1822 Ziff. 2, 4, 6, 7, 12, 13. Während nun aber §§ 1641, 1804 ausdrücklich dem gesetzlichen Vertreter die vertretungsweise Vornahme einer Schenkung aus dem Vermögen des Kindes verbieten, findet sich eine ausdrückliche Bestimmung, welche dem gesetzlichen Vertreter die vertretungsweise Annahme einer Schenkung in das Kindesvermögen untersagt, nicht.

Verfehlt wäre es aber, allein aus dem Fehlen einer solchen Verbotsnorm auf den Willen des Gesetzgebers schließen zu wollen, er habe auch die Vornahme der Schenkung an das Kind durch den gesetzlichen Vertreter selbst zulassen wollen. Im Gegenteil steht nach dem angeführten § 1630 Abs. II dem Vater insoweit die Ver-

---

[26]) Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 236/7, 242.

[27]) Eck, S. 272.

[28]) Salmann, S. 374.

tretung des Kindes nicht zu, als nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist, bestimmt § 1795 Abs. II, daß die Vorschrift des § 181 unberührt bleibt. Nach dieser Bestimmung kann aber ein Vertreter, soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Hiermit widerlegt sich von selbst die Ansicht des OLG. Dresden[1]), § 181 stehe der Schenkungsvornahme des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind nicht im Wege, da § 181 wie der ganze 5. Titel des Allgemeinen Teils lediglich die Vertretung in ihrer Wirkung nach außen, gegenüber dritten Personen regele, hier aber nur das Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem selbst maßgebend sei. — Träfe diese Ansicht zu, dann wäre nicht einzusehen, aus welchem Grunde der Gesetzgeber in den die interne Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters regelnden Vorschriften des Familienrechts ausdrücklich das Unberührtbleiben der Vorschrift des § 181 bestimmt hat.

In unserem Sinne erkennt das Kammergericht[2]) die Anwendung des § 181 auf Schenkungen des Vaters an sein Kind an, folgert aber unter Berufung auf das Reichsgericht[3]) aus der dem Gewalthaber vom Gesetz verliehenen Stellung, daß es ihm die Vornahme rechtsgültiger Schenkungen an das Kind ohne weiteres gestatte. Zuzugeben ist, daß das Reichsgericht a.a.O. im Anschluß an die Denkschrift[4]) die Wirksamkeit eines von einem Vertreter mit sich selbst abgeschlossenen Rechtsgeschäfts in der Regel nicht in Frage gestellt sieht, wenn das Selbstkontrahieren des Vertreters im Sinne der für das Vertretungsverhältnis maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen liege. Besagen aber diese für das Vertretungsverhältnis zwischen Vater und Kind maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen nichts Ausdrückliches über unser Problem, begnügen sie sich vielmehr nur mit einer Verweisung auf die Vorschrift des § 181, so ist zu bedenken, daß diese Vorschrift grundsätzlich für Rechtsgeschäfte aller Art gilt[5]). Auf den ersten Blick läßt sich also für den Vater die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bei Schenkungen an sein Kind nicht bejahen. Im übrigen sei dem Kammergericht entgegengehalten, daß sich aus der besonderen „familienrechtlichen Stellung des Vaters seinem Kinde

---

[1]) OLG. Dresden i. Sächs. Arch. f. Rechtspflege, Bd. III, S. 43.

[2]) KG. i. OLGE., Bd. 22, S. 158 ff., 160; sich ihm anschließend Planck-Flad, Bd. I, § 181, 2 d, S. 482.

[3]) RGZ., Bd. 68, S. 177.

[4]) Denkschrift, S. 50.

gegenüber" kein Schluß in diesem Sinne herleiten läßt. Der Vater steht nach dem Willen des Gesetzes seinem Kinde grundsätzlich genau so gegenüber wie ein Vormund. Anträge, den Vater mit Rücksicht auf das gemeinsame Familienband und die bestehende Blutsverwandtschaft dem Kind gegenüber freier zu stellen als den Vormund, fanden in der II. Kommission ausdrückliche Ablehnung[6]). Muß man daher den Vater im Verhältnis zu seinem Kind ebenso wie einen Vormund behandeln, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der Vormund zu seinem Mündel in keinen verwandtschaftlichen Beziehungen steht. Infolgedessen erscheint es uns nicht richtig, allgemein die Zulässigkeit der Vornahme von Schenkungen durch den gesetzlichen Vertreter an das von ihm vertretene Kind einseitig aus dem verwandtschaftlichen Verhältnis zwischen Vater und Kind herzuleiten.

Müssen wir also die Begründung, die das Kammergericht der Zulassung des Vertragsschlusses des Vaters mit sich selbst bei Schenkungen an sein Kind gibt, ablehnen, so übersieht Wunderlich[7]) auf der anderen Seite die Möglichkeit, daß für die Schenkung infolge ihrer lukrativen Rechtsnatur vielleicht ein anderes im Sinne des § 181 gilt, wenn er schon aus der Tatsache der bloßen Verweisung der §§ 1630 Abs. II, 1795 Abs. II auf die grundsätzlich allerdings ein Selbstkontrahieren ausschließende Bestimmung des § 181 ein „ausdrückliches" Verbot für Schenkungen des gesetzlichen Vertreters an das Kind herausliest. Denn § 181 stellt ausdrücklich eine Gestattungsausnahme auf, die wie für den rechtsgeschäftlichen so auch für den gesetzlichen Vertreter gilt[8]).

Einigkeit besteht in der herrschenden Lehre darüber, daß diese Gestattung des Selbstkontrahierens als Spezialfall des allgemeinen Vertretungsinstituts nur von dem Faktor ausgehen kann, auf dessen Willen die Vertretungsmacht überhaupt beruht, bei unserer gesetzlichen Vertretung also nur vom Gesetz selbst[9]).

---

[5]) Hupka, S. 339; Wunderlich, S. 284; RGZ., Bd. 67, S. 56; Bd. 68, S. 178.

[6]) Prot. II. Lesung, Bd. IV, S. 558.

[7]) Wunderlich, S. 284; ebenso RG. i. Warn. Rsp. 1910, Nr. 414, S. 431.

[8]) u. a. Planck-Flad, Bd. I, § 181, 1 c, S. 480; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 7, S. 739; Oertmann, Bd. I, § 181, 3 b, S. 662; RGRKomm. Bd. I, § 181, 2, S. 306; Hupka, S. 339; Prot. II. Lesung, Bd. I, S. 175; RG. in JW. 1924 S. 1862; a. A. nur Sprinz, S. 22.

[9]) Damit fand die Ansicht Ablehnung, die auch das Vormundschaftsgericht zur Erteilung der Gestattung für den gesetzlichen Vertreter zuständig sein lassen wollte, z. B. Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 168 N. 14, S. 553/4; Bodenheim, S. 454 ff. In unserem Sinne auch: Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 7 a, S. 739; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 365; Planck-Flad, Bd. I, § 181, 1 c, S. 480, 1 c γ, S. 481; Hupka, S. 339/40; Wunderlich, S. 284; Samson, S. 69, 77; Dreist, S. 55/6; RGZ., Bd. 67, S. 63; Bd. 68, S. 176; VZS. Bd. 71, S. 162 ff.

Aus dem Fehlen einer solchen ausdrücklichen Gestattungsvorschrift schließt nun die herrschende Lehre[10]) auf die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens für den gesetzlichen Vertreter auch bei Schenkungen und läßt demgemäß seine Schenkung an das von ihm vertretene Kind unwirksam sein. So bringt z. B. Cosack[11]) den Fall, A möchte seiner 6 jährigen Tochter zu Weihnachten ein Halskettchen schenken. Ohne daß der Vater beim zuständigen Amtsgericht die Stellung eines für einen solchen Verhinderungsfall nach § 1909 erforderlichen Pflegers beantrage und seinem Antrag stattgegeben werde, soll ihm das nicht möglich sein!

Ohne für die Freirechtsschule eintreten zu wollen[12]), wird man, mag man zu der Theorie der „Interessenabwägung" und der Entscheidung nach der „Natur der Sache" stehen wie man will, eins zugeben müssen: Die Berechtigung und Notwendigkeit der Frage, die sich, wie unser Recht, so auch der französische Cassationshof zur Nachprüfung seiner Konstruktionen zu stellen pflegt, „ce résultat est-il admissible"? Eine Jurisprudenz, die gegen diesen Grundsatz verstößt, verzichtet auf volkstümliches Verständnis und erschüttert damit ihre eigene Grundlage.

Wir halten die Stellung der herrschenden Lehre zu unserem Problem nicht für haltbar. Kein Laie wird einsehen können, warum jeder Dritte einem Kind eine Schenkung soll machen können, nur der eigene Vater nicht. Für die Unterscheidung von peculia profecticia und adventicia hat unser Recht weder einen Grund, noch Verständnis. Auch die Mutter könnte nach der herrschenden Lehre ihrem Kind eine Schenkung machen — solange der Vater des Kindes noch lebt. Ist er verstorben, so könnte es nun auch die Mutter nicht mehr. Denn mit dem Tod ihres Mannes geht die Gewalt über das Kind auf sie über. Das erscheint unhaltbar, selbst wenn wir anerkennen, daß die herrschende Lehre die Möglichkeit der Heilung einer solchen ohne Mitwirkung eines Pflegers vorgenommenen Schenkung durch nachträgliche Zustimmung, Genehmigung im Sinne des § 171 gewährt, indem sie in § 181 kein

---

[10]) Oertmann, Bd. I, § 181, 2 a, S. 660, 3 b α, S. 662; RGRKom., Bd. I, § 181, 1, S. 305/6; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 4, S. 737; Staudinger-Engelmann, Bd. IV, 2, § 1630, VI, 5 a δ, S. 990; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. IV, § 80 N. 13, S. 327/8; Samson, S. 69; Arlt, S. 13; Lehmann, § 28, A, II, 2, S. 163; Stölzle, § 3, Anm. 11, S. 104. Für die Regel auch Dernburg, Bd. I, § 170, II, 2, S. 559; ebenso bei strenger Auslegung v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 365; Hupka, S. 339/40; KGJ. Bd. 45, S. 240; RG. i. Warn. Rechtspr. 1910, Nr. 414, S. 431, RGZ., Bd. 89, S. 375; Bd. 103, S. 418, OLG. Karlsruhe, i. Bad. Rechtspraxis 1912, S, 154.

[11]) Cosack-Mitteis, Bd. I, Beispiel I zu § 78, S. 168.

[12]) Vgl. Manigk, Formalismus, S. 480 ff.

Verbotsgesetz[13]), sondern nur eine gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht erblickt[14]). Selbst unter Anerkennung dieser Heilungsmöglichkeit vermag die herrschende Ansicht nicht zu befriedigen. Bis das Kind sieben Jahre alt ist[15]), kann sein Vater schon längst gestorben und damit das von ihm seinem Kinde geschenkte Geld als auf Grund eines unwirksamen Rechtsgeschäftes hingegeben, zum Nachlaß genommen, kann der Vater schon längst in Konkurs gefallen und damit der Schenkungsgegenstand zur Konkursmasse gezogen sein.

Die bereits angeführte, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des Gewalthabers bei Schenkungen an das Kind bejahende Ansicht des Kammergerichts führt nicht zum Ziel. Weitere Ansätze zur Durchbrechung des herrschenden Prinzips sind schon gemacht. Ihr Umfang und ihre Begründung können jedoch ebenfalls nicht genügen.

So hält z. B. Staudinger[16]) bei Schenkungen des Vaters an sein Kind eine Gestattung „durch Verkehrsübung" für gegeben. Lehnt aber die zur Zeit herrschende Rechtslehre die Möglichkeit eines derartigen Selbstkontrahierens gerade ab, so kann der Verkehr nicht dagegen an und dementsprechend von seiner „Übung"

---

[13]) RG. i. JW. 1922, S. 902; hiergegen Manigk i. d. Besprechung a. a. O. unter Verweisung auf RGZ., Bd. 51, S. 426. — Diese Ansicht ist vom erkennenden V. Senat in RGZ., Bd. 67, S. 54, ausdrücklich fallen gelassen worden. Ebenso RGZ. Bd. 56, S. 107/8; Bd. 68, S. 40; Bd. 89, S. 375.

[14]) Dernburg, Bd. I, § 170, III, S. 559; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 2 b α, S. 661; Planck-Flad, Bd. I, § 181, 3 a, S. 483; RGRKom., Bd. I, § 181, 1, S. 304/5; Warneyer, Bd. I, § 181, IV, S. 355; Bd. II, § 1630, III, S. 834; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 168, III, 2, S. 554/5; Matthiaß, § 56, V B b, S. 134; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 366; Boehm, S. 64; Hupka, S. 342; Predari, S. 682; Brodmann, § 20, S. 148/9; Lehmann, § 28 A, II, 2, S. 163; Arlt, S. 14; RGZ. Bd. 56, S. 107/8; Bd. 71, S. 163. RG. in JW. 1924, S. 1862; Preuß. OVG. i. dtsch. Steuerbl. 1919, S. 39 ff. a. A. Wunderlich, S. 284; Endemann, Bd. I, § 80, 5, S. 400; Sprinz, S. 40 ff.; Samson, S. 81; Dreist, S. 60/1.

[15]) Daß man das 7jährige Kind selbst zur Erteilung der Genehmigung für fähig ansehen muß, folgt aus §§ 177, 107 i. Verb. m. analoger Anwendung des in § 108 Abs. III enthaltenen Rechtsgedankens. Verlangt § 108 Abs. III zur Vornahme der Genehmigung durch den Minderjährigen selbst dessen unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, so doch nur deshalb, weil die Geschäfte, die § 108 im Auge hat, der beschränkt Geschäftsfähige selbständig, ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, noch nicht vornehmen kann. Eine nicht mit Auflagen beschwerte Schenkung kann aber der Minderjährige nach § 107 schon selbst annehmen, ohne daß er einer Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedürfte. Hier ist also der beschränkt Geschäftsfähige schon so gestellt, wie bei den von § 108 erfaßten onerösen Geschäften erst der unbeschränkt Geschäftsfähige. — Im Ergebnis ebenso Arlt, S. 14; Lehmann, § 28, A, II, 2, S. 163 und § 36, IV, 4 a. E., S. 281.

[16]) Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 7 a, S. 740; ebenso Kieckebusch, S. 283.

schlechterdings keine Rede sein. — Dernburg[17]) will das Selbstkontrahieren des Vertreters für „verhältnismäßig geringfügige" Geschäfte zulassen. Bei ihnen habe man auch beim gesetzlichen Vertreter das Verbot des Selbstkontrahierens nicht „pedantisch durchzuführen". Ein Standpunkt, der lediglich auf dem Gefühl aufgebaut, schon seiner Natur nach nicht unanfechtbar ist, geschweige denn, daß es zulässig erscheint, die Wirksamkeit bezw. Unwirksamkeit eines Geschäfts von dem Wert seines Gegenstands abhängig zu machen. Man kann die Zulässigkeit von Schenkungen des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind nur im Ganzen bejahen oder verneinen. Deshalb tue man unser Problem in Anbetracht des von uns zur Illustration der herrschenden Lehre angeführten Beispiels von der Schenkung eines Halskettchens nicht als belanglos ab. Wir erwähnten es nur, um die Konsequenz, zu der die herrschende Ansicht führt, besonders deutlich vor Augen zu führen.

§ 12.

Eine ausdrückliche Vorschrift, welche dem gesetzlichen Vertreter die Vornahme einer Schenkung an das von ihm vertretene Kind im Wege des Selbstkontrahierens verbietet, findet sich also eben so wenig wie eine solche, die es ihm ausdrücklich gestattet. Wir sind vielmehr zur Lösung unserer Aufgabe durch den Hinweis der §§ 1630 Abs. II, 1795 Abs. II auf die allgemeine Vorschrift des § 181 angewiesen.

§ 181 stellt ausdrücklich eine Gestattungsausnahme von der Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens auf. Zur Begründung dieser Gestattungsausnahme muß auch für den gesetzlichen Vertreter eine unzweifelhaft aus den Umständen hervorgehende Gestattung des Vertragsschlusses mit sich selbst genügen[1]). Dies folgt einmal aus der grundsätzlichen Gleichstellung des gesetzlichen mit dem gewillkürten Vertreter, für den die herrschende Lehre übereinstimmend eine solche stillschweigende Gestattung genügen läßt[2]), weiterhin aber auch aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber diese auch für den gesetzlichen Vertreter geltende Gestat-

---

[17]) Dernburg, Bd. I, § 170, II, 2, S. 559.

[1]) So auch Boehm, S. 59; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 4, S. 737; Warneyer, Bd. I, § 181, I, S. 351; Bodenheim, S. 455/6; Predari, S. 683; RGZ. Bd. 68, S. 1 ff.

[2]) u. a. Dernburg, Bd. I, § 170, II, 2, S. 559; Oertmann, Bd. I, § 181, 3 b β, S. 662/3; Planck-Flad, Bd. I, § 181, 1 c β, S. 481; RGRKom., Bd. I, § 181, 2, S. 306; RGZ. Bd. 51, S. 427; Prot. Bd. I, S. 175; Hupka, S. 340.

tungsausnahme überhaupt aufgestellt hat. Sollte sie sich nur auf ausdrücklich bestimmte Ausnahmen beschränken, so hätte es ihrer Aufstellung nicht bedurft. Denn daß der Gesetzgeber positive Ausnahmen von einem Grundsatz, die als leges speciales der Generalnorm vorgehen würden, aufstellen kann, ist selbstverständlich, folgt schon aus seiner Stellung als Schöpfer des Rechts. Daher muß er mit seiner Einführung der Gestattungsausnahme für den gesetzlichen Vertreter ein anderes als ausdrücklich bestimmte Ausnahmen im Auge gehabt haben — und dieses andere kann nach Lage der Dinge ebenso wie beim rechtsgeschäftlichen Vertreter nur eine aus den Umständen heraus zu entnehmende Gestattung sein.

Das Gesetz begnügt sich damit, durch die Aufstellung dieser Gestattungsausnahme die Vorschrift des § 181 als eine dispositive zu charakterisieren, seinen Willen zu zeigen, daß es die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens nicht strikt sondern nachgiebig durchgeführt sehen will. Welche Umstände diese Ausnahme für den gesetzlichen Vertreter begründen, sagt das Gesetz aber nicht. Ist somit der Inhalt dieser Gestattungsnorm zweifelhaft, so müssen wir, um den in der Gestattungsausnahme liegenden Gegensatz zur Allgemeinnorm zu erkennen, zur logischen Auslegung der ganzen Bestimmung des § 181 schreiten. Bei ihr müssen wir auf die ratio dieser Vorschrift, den Zweck, den das Gesetz mit ihr verfolgt, eingehen[3]), und dazu die historische Entwicklung, die der Aufstellung des § 181 vorangeht, berücksichtigen.[4])

Sind doch „die Vorschriften unseres Gesetzbuchs nicht etwas in der Luft Schwebendes, von dem niemand weiß, von wannen es kam, gewinnen sie Leben, Sinn und Zusammenhang erst, wenn man sie im Lichte der Willensmeinung derer, die sie gebildet haben, sieht".[5])

§ 13.

Der I. Entwurf hielt die Zulassung des Selbstkontrahierens nicht für immer unbedenklich. Bei dem Widerstreite der Interessen liege die Gefahr des Mißbrauchs nicht fern, und der dem Vertretenen etwa zustehende Schadensersatzanspruch biete nur einen beschränkten Schutz, der leicht auch ganz versagen könne. Andererseits, so heißt es in den Motiven weiter, sei der Ausschluß der Zulässigkeit durch ein positives Verbot nicht minder mit Übelständen verknüpft; ein solches würde vielfach unhaltbare

[3]) Manigk, Auslegung, S. 433 ff.; Cosack-Mitteis, Bd. I, § 13, I, 1, S. 26; Bodenheim, S. 456; Lehmann, § 8, II, S. 51 ff.

[4]) Manigk, a. a. O., S. 434; F. Leonhard, Auslegung, S. 16.

[5]) Fritze, S. 213.

Verkehrserschwerungen schaffen und dem Interesse des Vertretenen, anstatt es zu fördern, nachteilig sein. — Von diesen Gesichtspunkten aus ging der I. Entwurf im allgemeinen von der Zulässigkeit eines derartigen Handelns in Vertretung aus[1]), schloß als Ausnahme von diesem Grundsatz aber gerade unseren Fall der gesetzlichen Vertretung aus, indem er in seinen §§ 1651 bezw. 1503 Abs. I vorsah, daß der Vormund bezw. der Inhaber der väterlichen Gewalt von der gesetzlichen Vertretung des Mündels bei Rechtsgeschäften zwischen sich selbst und dem Mündel mit Ausnahme solcher Rechtsgeschäfte, welche ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen, ausgeschlossen sein sollte.

Demgegenüber schätzte der II. Entwurf im allgemeinen die rechtspolitischen Bedenken wegen der Interessenkollision höher ein, vertrat den Standpunkt, daß in den Fällen des Selbstkontrahierens stets die Gefahr eines Widerstreits der Interessen vorhanden sei, und empfahl daher den grundsätzlichen Ausschluß der Zulässigkeit einer solchen Vertretung sich selbst gegenüber[2]). Trotzdem nahm er aus dem Verkehrsbedürfnis heraus[3]) gerade für unseren Fall der gesetzlichen Vertretung im Verhältnis zum I. Entwurf mit dessen alleiniger „Erfüllungsausnahme" eine Erweiterung der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens vor, indem er als weitere Ausnahme von seinem grundsätzlichen Verbot neben der Erfüllungsausnahme auch für den gesetzlichen Vertreter die uns beschäftigende anderweitige Gestattung einführte.

Aus dieser Entwicklung geht hervor, daß auch unser Gesetzgeber wie seine Vorbilder die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens nur wegen der dabei möglichen Interessenkollision statuiert hat.

In diesem Zusammenhang ist das Schicksal von Interesse, welches ein von Rümelin zu diesem Problem eingebrachter Antrag fand. — Rümelin hatte in Verfolg seiner Lehre[4]) den Antrag gestellt, eine Bestimmung in das Gesetzbuch aufzunehmen, nach der ein Bevollmächtigter für den Vollmachtgeber mit sich selbst im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft, welches nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehe, nur vornehmen könne, wenn die Vornahme desselben der ihm obliegenden Fürsorge für den Vollmachtgeber entspreche. Der Antrag kam zur

---

[1]) Motive, Bd. I, S. 224/5.

[2]) Denkschrift, S. 49, 50; Prot. II. Lesung, Bd. I, S. 175.

[3]) Prot. a. a. O.

[4]) Vgl. oben S. 42.

Ablehnung[5]), jedoch bestritt die Kommission nicht, daß durch diese Fassung das richtige Prinzip vielleicht am zutreffendsten zum Ausdruck gelange, hielt nur durch dieses Fürsorgemoment die Wirksamkeit des Akts von einem Umstand abhängig gemacht, welcher durch seine Unbestimmtheit und Unerkennbarkeit für Dritte die Verkehrssicherheit gefährde. Gegenüber diesem nur das Kriterium betreffenden Ablehnungsgrund scheint uns die Stellungnahme der Kommission zu dem Prinzip des Rümelinschen Antrags von weitgehender Bedeutung. Durch sie hat die Kommission in aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, daß ihr mit der Vorschrift des § 181 lediglich an einer Verhinderung der Benachteiligung des Vertretenen gelegen war.

Unter diesen Umständen müssen wir die von verschiedenen Seiten versuchte Darstellung als verfehlt ablehnen, als ob man bei der Abfassung des § 181 nicht so sehr an den Interessenkonflikt als an die im gemeinen Recht bestrittene Möglichkeit von Willenserklärungen, die ein Vertreter an sich selbst richte, gedacht habe[6]) und dem Vertreter dieses Verfahren grundsätzlich nur bei Erfüllungsgeschäften habe erlauben wollen. Bedarf es einmal, wie wir gesehen haben, beim gewöhnlichen, nicht formellen Selbstkontrahierungsgeschäft unter den gegebenen Umständen gar keiner Willenserklärung, so läßt weiter diese Ansicht die Möglichkeit einer anderweitigen Gestaltung durch besondere Gestattung ungeklärt. Werden nun einmal sich selbst gegenüber abgegebene Willenserklärungen als logisch unmöglich angesehen, so kann selbst der Machtspruch des Gesetzgebers sie nicht allein für den speziellen Fall des Erfüllungsgeschäfts möglich machen[7]). — Gegen diese Annahme spricht schließlich noch folgender Umstand: Infolge der Gestattungsausnahme kann der Vertretene als der von dem Geschäft unmittelbar Betroffene die Vornahme des Geschäfts im Wege des Selbstkontrahierens von vornherein erlauben. Mit Rücksicht darauf, daß § 181 kein Verbotsgesetz, sondern nur eine Beschränkung der Vertretungsmacht darstellt[8]), hat der Vertretene nach der herrschenden Lehre auch die Möglichkeit, das zunächst ohne seinen Willen im Wege des Vertragsschlusses mit sich selbst

---

[5]) Prot. II. Lesung, Bd. I, S. 174/5; RGZ. Bd. 71, S. 166 verwertet diese Ablehnung in dem Sinne, daß man von dem Grundsatz der Unzulässigkeit des Vertragschlusses mit sich selbst weitere Ausnahmen als die „Erfüllungsausnahme" nicht habe zulassen wollen, verschweigt aber die u. E. für die ratio des § 181 sehr aufschlußreiche Begründung dieser Ablehnung.

[6]) Kohler, Bd. I, § 221, I, 2, S. 497; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 366 N. 202; RG. i. JW. 1922, S. 902.

[7]) Vgl. Predari, S. 680, 682.

[8]) Vgl. oben S. 45, 46, außerdem Hupka, S. 342; RGZ. Bd. 67, S. 55; Predari, S, 682; Motive, Bd. I, S. 100 ff., Bd. IV, S. 1088.

von seinem „Vertreter“ vorgenommene Rechtsgeschäft durch seine Genehmigung nach § 177 nachträglich wirksam zu machen[9]). Hängt somit in beiden Fällen die Wirksamkeit des Geschäfts ausschließlich vom Willen des Vertretenen ab, so kann der Grund der Vorschrift des § 181 nur in seiner Person liegen. Dieser Grund ist eben die durch die in der Regel beim Selbstkontrahieren vorliegende Interessenkollision hervorgerufene Möglichkeit seiner Benachteiligung durch das Insichhandeln seines Vertreters. Nimmt der Vertretene bei seiner vorhergehenden Gestattung eine solche Schädigung von vornherein in Kauf oder erklärt er sich nachträglich mit ihr einverstanden, so läßt der Gesetzgeber das Selbstkontrahierungsgeschäft wirksam sein. Über den Schutz des Vertretenen hinaus hat er kein Interesse an der Unzulässigkeit eines solchen Vertragsschlusses des Vertreters mit sich selbst.

Nach alledem kann der Grund der Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens nur in dieser in der Regel hierbei möglichen Interessenkollision gefunden werden, der Zweck des grundsätzlichen Ausschlusses nur in dem Bestreben liegen, eine durch solche Interessenkollision möglicherweise entstehende Benachteiligung des Vertretenen auszuschließen[10]).

§ 14.

Gegenüber dem grundsätzlichen Ausschluß der Vertretung gegen sich selbst in § 181 darf nicht übersehen werden, daß das Recht des BGB im allgemeinen von dem Grundsatz der Zulässigkeit der Vertretung[1]) und der unbeschränkten Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters ausgeht, die Bestimmung des § 181 somit eine Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatz darstellt[2]).

---

[9]) Daß diese Möglichkeit auch für den gesetzlich Vertretenen besteht, erkennt das RG. entgegen den Bedenken Staudinger-Riezlers, Bd. I, § 181, 6, S. 738, ausdrücklich an. Vgl. RG. i. JW. 1924, S. 1862; ebenso Planck-Flad, Bd. I, § 181, 3 a, S. 483; RGRKomm., Bd. I, § 181, 1, S. 305.

[10]) Im Ergebnis ebenso: Predari, S. 681; Sprinz, S. 19; Hoeniger, S. 1348; Reichel in Festschrift, S. 112; Huther, S. 332; Oertmann, Bd. I, § 181, 1, S. 660; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 366; Bauer-Mengelberg, S. 2229; OLG. München i. OLGE. Bd. 28, S. 39; RGZ. Bd. 68, S. 175; Motive, Bd. IV, S. 1089. In diesem Sinne bemerken auch die Protokolle II. Lesung, Bd. I, S. 175, daß es für den Gesetzgeber nicht auf die an der logischen oder juristischen Möglichkeit des Selbstkontrahierens gehegten Zweifel, sondern auf die Anforderungen des Verkehrs und seiner Sicherheit ankomme. So auch RGZ. Bd. 56, S. 105/6; Bd. 68, S. 175.

[1]) Staudinger-Riezler, Bd. I, Vorb. 7 vor § 164, S. 680; Oertmann, Bd. I, § 164, 4, S. 609; Denkschrift, S. 43; RGZ. Bd. 63, S. 114 ff.

[2]) a. A.: Hupka, S. 342, unter Berufung auf Motive, Bd. I, S. 100 ff., wo S. 101 aber ausdrücklich von einem „Ausschluß von der Vertretung“ und „der Einschränkung der Ausnahme“, insoweit sie sich auf Erfüllungsgeschäfte bezieht, die Rede ist. Ebenso Motive, Bd. IV, S. 1088.

Als solche Ausnahmevorschrift muß sie eng aus dem von ihr verfolgten Zweck heraus ausgelegt werden. Denn bei dem vom Gesetz verfolgten Prinzip der Verkehrsfreiheit, auf dem die Einführung der Gestattungsausnahme gerade beruht[3]), ist nicht anzunehmen, daß es dem Vertreter unnötige Schranken habe setzen wollen[4]). Daher darf mit Rücksicht darauf, daß wir als Zweck der Bestimmung des § 181 die Verhinderung einer Benachteiligung des Vertretenen durch das Insichhandeln seines Vertreters erkannt haben, der Grundsatz des § 181 nur auf solche Geschäfte angewendet werden, bei denen die ratio des Gesetzes überhaupt Erfüllung finden k a n n, also nur auf solche Geschäfte, bei denen eine Schädigung des Vertretenen z u b e s o r g e n ist.

Zu weit würde es in diesem Zusammenhang gehen, wollte man ohne weiteres immer schon da eine Gestattung des Selbstkontrahierens annehmen, wo das Geschäft dem Vertretenen im Einzelfall offenbar zum Vorteil gereicht und nur in dieser Absicht abgeschlossen wurde[5]). Diesen Ansprüchen würde jedes dem Vertretenen wirtschaftlich günstige Geschäft entsprechen, jeder dem Vertretenen im Einzelfall vorteilhafte Kauf- oder Mietvertrag, der auf der anderen Seite doch wieder zu einer Verpflichtung des Vertretenen seinem Vertreter gegenüber und damit zur Möglichkeit einer Interessenkollision mit der Gefahr der Schädigung des Vertretenen führen würde. Im übrigen hängt das Vorteilhafte eines Rechtsgeschäfts nicht allein von seinem Inhalt ab, auch die spätere Entwicklung der Verhältnisse kann den Charakter des Geschäfts beeinflussen, ein zur Zeit seiner Vornahme sich als günstig darstellendes Geschäft zu einem im Endergebnis ungünstigen machen. Berücksichtigt man weiter, daß die Auffassung darüber, was vorteilhaft ist oder nicht, immer eine verschiedene je nach Auffassung des Betrachters sein wird, so sehen wir, daß durch eine Beurteilung des Einzelgeschäfts in diesem Sinne eine unerträgliche Ungewißheit und Unsicherheit in den Rechtsverkehr getragen würde, ein Ergebnis, dem der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 181 gerade hat vorbeugen wollen[6]).

---

[3]) Prot. II. Lesung, Bd. I, S. 175.

[4]) Dieser Gedanke ergibt sich auch aus RGZ. Bd. 68, S. 177, wo dem Vorwurf gegenüber, § 181 schütte mit seiner grundsätzlichen Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens das Kind mit dem Bade aus — Hupka, S. 343 — darauf hingewiesen wird, daß der Abschluß ganz unbedenklicher Rechtsgeschäfte nicht habe erschwert werden sollen.

[5]) Vgl. Rümelin oben S. 42.

[6]) Diese Ansicht ablehnend auch: Oertmann, Bd. I, § 181, 3 b β, S. 663; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 4, S. 737; Planck-Flad, Bd. I, § 181, 2 d, S. 482; Predari, S. 683; RG. i. Warn. Rspr. 1910, Nr. 414, S. 431.

„Aus einer größeren oder geringeren Unwahrscheinlichkeit der Benachteiligung des Vertretenen allein läßt sich also", um mit dem Reichsgericht zu sprechen[7]), „eine gesetzliche Gestattung des Selbstkontrahierens nicht herleiten." Es muß vielmehr eine Benachteiligungsgefahr überhaupt ausgeschlossen sein und aus ihrem Fehlen auf den Willen des Gesetzgebers zur Gestattung geschlossen werden können[8]).

Als Geschäft, bei dem die Gefahr einer Benachteiligung ausgeschlossen erscheint, bietet uns das Gesetz das rechtlich lediglich vorteilhafte Rechtsgeschäft des § 107.

Ob ein Geschäft im Sinne dieser Bestimmung rechtlich lediglich vorteilhaft ist oder nicht, richtet sich nach der herrschenden Lehre[9]) nicht nach den ökonomischen Folgen des Geschäfts und der konkreten Lage des Falles, sondern nach der generellen Beschaffenheit, dem Typus des Rechtsgeschäfts. Wirtschaftlich noch so günstige Geschäfte wie der Abschluß eines im Endergebnis für den Minderjährigen vorteilhaften Kaufes fallen nicht in den Rahmen des § 107; das Geschäft muß vielmehr seiner Natur nach von vornherein günstig für den Minderjährigen sein. Daher ist jedes Geschäft, das zu einer Rechtsminderung oder Belastung des Minderjährigen führen kann, jede Verfügung und jedes Eingehen einer Verpflichtung ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters dem Minderjährigen verwehrt. Frei steht ihm nur als rechtlich lediglich vorteilhaft die im Wege der Willenserklärung oder des Willensgeschäfts nach § 151[10]) erfolgende Annahme einer nicht mit Auflagen beschwerten Schenkung[11]). Eine solche kann der Minderjährige selbständig vornehmen.

---

[7]) RGZ. Bd. 68, S. 178.

[8]) v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VI, S. 366; Predari, S. 683.

[9]) Oertmann, Bd. I, § 107, 3, S. 347; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 107, 3, S. 430; Matthiaß, § 47, II, A, 1, S. 91; Endemann, Bd. I, § 29, 2, S. 130; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 59, IV, S. 339; RGRKomm., Bd. I, § 107, 2, S. 143.

[10]) Daß § 107 auch bei der Annahme durch Willensgeschäft Anwendung findet, unterliegt mit Rücksicht auf die rechtsgeschäftliche Natur des § 151 keinen Bedenken. Vgl. Manigk, RG., S. 219; WE., S. 567.

[11]) Planck-Flad, Bd. I, § 107, I, 3 a, S. 244; Horn, S. 94; Dittenberger, S. 21; Crome, Bd. I, § 83, II, 1, S. 364; R. Leonhard, Allgemeiner Teil, S. 273; Arlt, S. 13; Lehmann § 28, A, III, 2 a, S. 164. Die von Kipp, S. 54, vertretene Ansicht, auch eine solche nicht mit Auflagen beschwerte Schenkung sei kein lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft i. S. des § 107, da auch die Schenkung im Falle der Rückforderung wegen Armut des Schenkers und im Falle des Widerrufes den Beschenkten in juristische Verbindlichkeiten verwickeln könne, wird von der herrschenden Meinung als zu eng abgelehnt. Mit Recht weist u. a. Dittenberger, S. 22, N. 3, darauf hin, daß dann die Bestimmung des § 107 sinnlos wäre. Gegen Kipp auch: Dernburg, Bd. I, § 120, N. 7, S. 402; Planck-Flad, Bd. I, § 107, I, 3 a, S. 244; RGRKomm., Bd. I, § 107, 2, S. 143; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 59, IV, N. 39, S. 340; Oertmann, Bd. I, § 107,

Haben wir so die Annahme einer nicht mit Auflagen beschwerten Schenkung als ein rechtlich lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft im Sinne des § 107 erkannt, so fällt uns weiter eine gewisse Verwandtschaft dieser Bestimmung mit dem Grundgedanken unseres § 181 auf.

Beide Vorschriften dienen dem Interesse einer schutzbedürftigen Person. Wie in § 107 der Minderjährige, der infolge seines Alters noch nicht in der Lage ist, zu überblicken, was ihm schädlich ist oder nicht, vor Schädigung durch eigenes Handeln, so soll in § 181 der Vertretene vor Schädigung durch das ihn bindende Insichhandeln seines gesetzlichen Vertreters geschützt werden. Ist aber eine solche Schädigung aus der Natur des Rechtsgeschäfts heraus nicht zu erwarten, bringt das Geschäft im Gegenteil dem Schutzbedürftigen lediglich rechtlichen Vorteil, so daß sein Schutzbedürfnis entfällt, so läßt der Gesetzgeber in § 107 dieses Geschäft wie die Annahme einer nicht mit Auflagen beschwerten Schenkung als Ausnahme von dem gegensätzlichen Grundsatz gültig sein. Hier kraft ausdrücklicher Bestimmung — bei § 181 fehlt eine dahingehende positive Vorschrift, hat sich der Gesetzgeber mit der Aufstellung der Gestattungsausnahme begnügt. Irgendeinen Sinn muß diese haben, — auf die Gestattung kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung kann sie, will sie nicht als überflüssig bezeichnet werden, nicht beschränkt sein[12]). Aus ihrer sie mit dem Grundgedanken des § 107 verbindenden ratio heraus k a n n unter diesen Umständen ihr Inhalt nur der gleiche sein wie in der positiven Bestimmung des § 107: die Gestattung für den Fall zuzulassen, daß sich aus der Natur des Rechtsgeschäfts heraus „ein anderes" ergibt.

Dieses Ergebnis findet in der Entwicklungsgeschichte des § 181 insofern eine Stütze, als es dem von der Kommission im Prinzip gebilligten Grundgedanken des Rümelinschen Antrags ähnelt[13]). Es krankt aber nicht an den die Ablehnung dieses Antrags begründenden Mängeln, da hier der Gesetzgeber selbst das Kriterium aufstellt. Dieses Ergebnis entspricht weiter auch dem Wortlaut des Gesetzes, indem es die in der Regel stattfindende

---

3 e β, S. 348. — Ebenso ist die Ansicht Oertmanns abzulehnen, der in Bd. I, § 181, 3 b β, S. 663, die Meinung vertritt, man könne auch an der Ablehnung einer Schenkung ein berechtigtes Interesse haben. Dieses Ablehnungsinteresse dürfte aber aus der Rechtsnatur der Schenkung heraus kein rechtliches, sondern nur das rechtlich unbeachtliche, persönliche Interesse sein, daß man sich aus irgendwelchen persönlichen Gründen dem Schenker nicht verbunden fühlen will. Wegen der mit dem Erwerb eventuell verbundenen Lasten und Pflichten vgl. oben S. 59.

[12]) Vgl. oben S. 47, 48.

[13]) Vgl. oben S. 49, 50.

Interessenkollision und die hieraus abgeleitete grundsätzliche Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens anerkennt, gleichzeitig aber die auch für den gesetzlichen Vertreter geltende Ausnahme erklärt und begründet.

III. Abschnitt.

I. Teil.

§ 15.

Haben wir bisher den Abschluß des obligatorischen Schenkungsvertrages behandelt, die Zulässigkeit der Schenkung des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind in schuldrechtlicher Hinsicht auf Grund ihrer lukrativen Rechtsnatur in Verbindung mit der die Verhinderung einer Benachteiligung des Vertretenen beabsichtigenden ratio des § 181 bejaht, so ist trotz des gerade bei der Handschenkung erfolgenden faktischen Zusammentreffens von Kausalvertrag und Vollzugsgeschäft auch „in der juristischen Analyse" ihres Tatbestandes vom schuldrechtlichen Schenkungsvertrag das dingliche Leistungsgeschäft zu unterscheiden[1]).

Es besteht bei der Handschenkung durch Übergabe in der Übertragung des Eigentums an der den Gegenstand der Schenkung bildenden beweglichen Sache und erfordert nach § 929, daß der Eigentümer dem Erwerber die Sache übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.

Diese „dingliche" Einigung über den Eigentumsübergang[2]) umfaßt neben der auf den Eigentumsübergang gerichteten Willensübereinstimmung den auf dieselbe Sache[3]) und auf die für uns mit dem Erwerb durch das Kind fest bestimmte Person des Erwerbers[4]) geeinigten Parteiwillen.

---

[1]) v. Tuhr, Bd. II, 2, § 72, III, S. 82, i. Verb. m. N. 126 ebenda; Liebisch, S. 61; Ortlieb, S. 10/11; Crome, Bd. III, § 378, 1 a, S. 196; Kieckebusch, S. 283.

[2]) Von der wir die bereits behandelte obligatorische Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung unterscheiden müssen — vgl. Liebisch, S. 61.

[3]) Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 929, IV, 2 a, S. 446; Ortlieb, S. 11 ff.; Matthiaß, § 161, V, A, S. 466/7; Jeroschewitz, S. 62.

[4]) Staudinger-Kober, a. a. O., IV, 2 b; Ortlieb, S. 12; Matthiaß, a. a. O.; Jeroschewitz, a. a. O.

Als zweiseitiges durch diese Willensübereinstimmung zustandekommendes Rechtsgeschäft ist die Einigung des § 929 ein Vertrag[5]), ein abstrakter d. h. von seinem Rechtsgrund losgelöster, dinglicher Vertrag[6]), ohne daß diese ihre Rechtsnatur dadurch beeinflußt würde, daß sie allein die gewollte Rechtsänderung nicht herbeiführt, dazu vielmehr daneben noch die Übergabe der Sache als selbständiger objektiver Bestandteil der Eigentumsübertragung hinzukommen muß. Die Übereignung ist eben für sich allein auch wieder ein Realgeschäft[7]). Auch bei der Schuldleistung, der Darlehnsbegründung bringt die Einigung für sich allein nicht die Rechtsfolge herbei, muß noch die Hingabe der geschuldeten Sache oder der Darlehnssumme hinzukommen[8]), ohne daß deshalb, soweit wir übersehen können, diesen Einigungen die Vertragsnatur abgestritten würde. Im übrigen übersieht die Gegenansicht, die den ganzen Tatbestand der Eigentumsübertragung einschließlich des realen Übergabemoments als Vertrag hinstellt[9]), daß die Vertragsnormen doch nur auf die sich aus Antrag und Annahme zusammensetzende Willenseinigung anzuwenden sind, und daß schon Antrag und Annahme zusammen den Gesamttatbestand des Vertrages ausmachen[10]).

Als Vertrag unterliegt die Einigung des § 929 den allgemeinen Vorschriften über Verträge in §§ 145 ff.[11]).

Damit erfolgt auch hier die Annahme der Übereignungsofferte im Wege der ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklä-

---

[5]) Windscheid-Kipp, Bd. I, § 69, S. 315; Dernburg, Bd. III, § 100, I, 2, S. 338; Planck-Strecker, Bd. III, Vorb. S. 18 ff., § 929, 3 a α, S. 358; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 873, B, I, 2, S. 106 ff.; Otto Gierke, Bd. II, § 133, II, S. 546; Crome, Bd. III, § 378, 1, S. 196 ff.; Endemann, Bd. II, 1, § 80, 2, S. 519; Brodmann, § 23, S. 159; RGRKomm., Bd. III, § 929, 1, S. 253; Matthiaß, § 151, I, A, S. 447; Oertmann, Bd. I, Vorb. 1 b vor § 145, S. 526; Manigk, RG., S. 203, N. 1, S. 367; WE., S. 413; Kohler, Vertrag, S. 70 ff.; Abhandlungen, S. 1 ff.; Savigny, Bd. III, S. 312; Jeroschewitz, S. 59 ff.; F. Leonhard, Vertretung, S. 17; Stöver, S. 187; RGZ. Bd. 66 S. 99; Bd. 68, S. 99.

[6]) Der Begriff des „dinglichen Vertrages" ist von Savigny in die Wissenschaft eingeführt worden, vgl. Bd. III, S. 312 ff. Vgl. zur „dinglichen Vertragsnatur" Prot. II. Lesung, Bd. III, S. 56 ff.

[7]) Vgl. oben S. 2 N. 4.

[8]) Vgl. a. a. O.

[9]) z. B. Biermann, Sachenrecht, Vorb. 5 b vor § 854, S. 3/4; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 66, I, 1, S. 199 i. Verb. m. § 38, II, 2, S. 102; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 53, II, 1, S. 221/22, S. 221 N. 107; Ortlieb, S. 30 ff., 41 ff., 44.

[10]) So auch Manigk, RG. S. 203 N. 1; Jeroschewitz, S. 60 ff. — gegen die Gegenansicht auch Breit, S. 214/5.

[11]) Matthiaß, § 151, I, A, 1, S. 447; Jeroschewitz, S. 59; RGRKomm., Bd. III, § 929, 5, S. 256; Planck-Strecker, Bd. III, § 929, 3 a αβ, S. 359; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 929, IV, 1 c, S. 446; RGZ. Bd. 66, S. 99.

rung oder unter den Voraussetzungen des § 151 durch Willensgeschäft[12]), kann auch hier das Kind gemäß §§ 105, 131 das Angebot nicht selbst annehmen[13]), muß vielmehr bei der Annahme durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Nach der herrschenden Lehre[14]) finden die Vorschriften der §§ 164 ff. auch auf die dingliche Willenserklärung Anwendung. Erkennt man so die Anwendungsmöglichkeit der Stellvertretungsnormen im Gebiete des Sachenrechts an, so ist nicht einzusehen, warum hier der Stellvertretungsbegriff ein anderer als im Schuldrecht sein soll. Regelsberger[15]) vermag für seine Gegenansicht, auf dem Gebiet der dinglichen Rechtsverhältnisse bringe es „die Natur der Sache" mit sich, daß sich das positive Recht dem individuellen Belieben gegenüber nicht in demselben Maße nachgiebig erweisen könne wie bei der Vertretung von Beziehungen zwischen zwei bestimmten Personen — selbst kein positives Quellenzeugnis beizubringen. Ein von ihm behauptetes „dringendes praktisches Bedürfnis" zur Ausschaltung des Parteiwillens auf dinglichem Gebiet können wir mit Jeroschewitz[16]) nicht anerkennen. Dieser Autor weist mit Recht darauf hin, es klinge wenig wahrscheinlich, daß der Wille, auf dessen freier Betätigung die Selbständigkeit des Rechtssubjekts im Gebiete des Privatrechts beruht, bei einem so wichtigen Geschäft wie dem Eigentumserwerb habe ausgeschaltet werden sollen[17]).

Liegt also für uns kein Grund vor, für das Sachenrecht von dem von uns für das Schuldrecht festgestellten Vertretungsbegriff abzugehen, so sehen wir auch hier seinen Kern in dem vom Gesetz in

---

[12]) Manigk, WE., S. 412/3; Jeroschewitz, S. 70 ff.; RGRKomm. Bd. III, § 929, 5, S. 256; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 929, IV, 1 c α, S. 446. a. A. Wedemeyer, S. 2, 71. Nach ihm sollen beim Abschluß dinglicher Verträge besondere Erwägungen Platz greifen, die in der eigenartigen Bestimmung und Wirkung des dinglichen Vertrags ihren Grund hätten und daher eine abgesonderte Behandlung erforderten. Eine Begründung für diese Ansicht gibt W. nicht. — Vgl. auch Wedemeyer zur Frage der Anwendbarkeit des § 151 auf die Schenkung, oben S. 10 N. 9.

[13]) Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 929, IV, 1 c, S. 446; Breit, S. 216.

[14]) Planck-Flad, Bd. I, § 164, 5 b, S. 434/5; Oertmann, Bd. I, § 164, 1 e β, S. 607; Hölder, § 164, 4, S. 359; RGRKomm. Bd. I, § 164, 2, S. 281.

[15]) Regelsberger, Besitzerwerb, S. 409; ebenso u. a. Lenel, Stellvertretung, S. 52 ff., 98; Hupka, S. 72. „Die Richtung des Eigentumserwerbs auf den Prinzipal wird nicht, wie es die Stellvertretung begrifflich erfordert, durch den Willen des Apprehendenten, sondern durch die Kausalverhältnisse bestimmt, welche der Besitzergreifung zugrunde liegen." — Schloßmann, der ja schon für die Vertretung bei obligatorischen Verträgen die Erheblichkeit des Parteiwillens im Stellvertretungsinstitut leugnet. Vgl. oben S. 26 N. 6. Dagegen Manigk, RG., S. 297 ff.

[16]) Jeroschewitz, S. 20/1; Manigk, RG., S. 368/9 ff.; gegen Regelsberger u. a. auch Crome, Bd. III, § 400, N. 49, S. 316; gegen Lenel auch Windscheid-Kipp, Bd. I, § 155, N. 7 a, S. 775.

[17]) Jeroschewitz, S. 11.

§ 164 anerkannten Vertretungswillen, der bei der Annahme der Übereignungsofferte durch Willenserklärung nach § 164 I, 2 seine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung finden muß, bei der Annahme gemäß § 151 aber durch Willensgeschäft erfolgt[18]).

Wir kommen also bei der Einigung nach § 929 zu dem gleichen Ergebnis wie bei der obligatorischen Schenkungseinigung: den von dritter Seite nach § 131 an den gesetzlichen Vertreter zu richtenden Übereignungsantrag nimmt dieser für das von ihm vertretene Kind durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung oder unter den Voraussetzungen des § 151 im Wege des Willensgeschäfts an, indem er dem Offerenten seinen Vertreterwillen entweder durch Erklärung erkennbar macht oder den Willen irgendwie betätigt.

Ist der gesetzliche Vertreter selbst der Schenker und damit der Übereignungsofferent, so tritt er auch bei der dinglichen Einigung als Eigenperson und Vertreter auf, wenn er seinen Antrag als Vertreter des Kindes für dieses annimmt. Nach der herrschenden Lehre findet die Vorschrift des § 181 auch auf den dinglichen Einigungsvertrag Anwendung[19]). Damit ist auch hier dem Vertreter das Selbstkontrahieren grundsätzlich untersagt, es sei denn, daß ihm ein anderes gestattet ist, oder daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Mit dieser letzteren „Erfüllungsausnahme" sucht Wunderlich[20]) die Zulässigkeit der Vornahme des dinglichen Vollzugsgeschäfts bei der Handschenkung im Wege des Insichgeschäfts darzutun. Er geht mit uns davon aus, daß die Realschenkung ohne weiteres durch die Vollziehung entsteht und sich in dieser Verwirklichung vollzieht. Sein hieraus gezogener Schluß, bei der Realschenkung falle also die Verbindlichkeit mit ihrer Erfüllung zusammen, geht jedoch fehl. Wunderlich übersieht, daß der Schenker bei der Handschenkung wie überhaupt bei der Realschenkung gar keine Verbindlichkeit eingeht[21]).

Führt also der Weg über die Erfüllungsausnahme des § 181 bei dem Vollzug der Handschenkung nicht zum Ziel, so kann sich die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des gesetzlichen Vertreters auch hier nur aus der anderweitigen Gestattung des § 181 ergeben.

---

[18]) Vgl. oben S. 29, 30.

[19]) RGRKomm., Bd. I, § 181, 1, S. 305; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 181, 4, S. 737; Planck-Flad, Bd. I, § 181, 1, S. 480; Warneyer, Bd. I, § 181, II, S. 351; RGZ. Bd. 79, S. 283; Bd. 89, S. 369 ff.

[20]) Wunderlich, S. 284.

[21]) Vgl. oben S. 6; Staudinger-Engelmann, Bd. IV, 2, § 1630, VI, 5 a δ, S. 990.

Bei dem obligatorischen Schenkungsvertrag entnahmen wir die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens für den gesetzlichen Vertreter der lukrativen, nach § 107 rechtlich lediglich vorteilhaften Rechtsnatur der Schenkung in Verbindung mit der gleichen, die Verhinderung einer Benachteiligung des Vertretenen beabsichtigenden ratio des § 181 und der Tatsache, daß der Gesetzgeber die Gestattungsausnahme auch für den gesetzlichen Vertreter überhaupt aufgestellt hat.

Dieselbe Überlegung greift hier Platz. Auch die Annahme der dinglichen Übereignungsofferte erkennt die herrschende Lehre mit Rücksicht auf die abstrakte[22]) Rechtsnatur des dinglichen Geschäfts allgemein als rechtlich lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft im Sinne des § 107 an[23]), hat doch der Minderjährige aus diesem abstrakten dinglichen Vertrag nur den rechtlichen Vorteil des Erwerbs der Sache, ohne daß es darauf ankäme, ob das von ihm selbständig erworbene Eigentum mit Lasten und Pflichten verbunden ist. Denn deren Übergang auf den Erwerber ist keine rechtsgeschäftliche Folge der Schenkung, sondern eine Wirkung des Rechtserwerbs selbst[24]).

Ist somit nach der herrschenden Lehre die Annahme der dinglichen Übereignungsofferte ebenfalls ein rechtlich lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft im Sinne von § 107, so können wir für die von uns aus dieser Rechtsnatur hergeleitete Zulässigkeit der Vornahme der Einigung im Wege des Vertragsschlusses mit sich selbst auf unsere diesbezüglichen Ausführungen bei der obligatorischen Schenkungseinigung hinweisen[25]). Aus denselben Gründen wie dort halten wir auch die Vornahme der dinglichen Einigung bei der Handschenkung im Wege des Insichgeschäfts des Vertreters für zulässig.

---

[22]) Gegen unbedingte Abstraktheit des dinglichen Geschäfts: Kohler, Abhandlungen, S. 20 ff.

[23]) v. Tuhr, Bd. II, 1, § 59, IV, S. 340/1; RGRKom. Bd. I, § 107, 2, S. 143; Staudinger-Riezler, Bd. I, § 107, 3, S. 430; Planck-Flad, Bd. I, § 107, I, 3 d, S. 244; Oertmann, Bd. I, § 107, 3 e o, S. 349; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. I, § 142, II, 1 a, S. 462; Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 108, 234, 242; Samson, S. 86; Lehmann, § 28, A, III, 2 a, S. 165; Warneyer, Bd. I, § 107, I, S. 158 unter Beschränkung auf unseren Fall der Schenkung. Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen auf Grund eines entgeltlichen Vertrages hält er mit Rücksicht darauf für einwilligungsbedürftig, als nach Natur und Zweck des gegenseitigen Vertrages die an ihn sich knüpfenden Folgen als ein Ganzes zu behandeln seien.

[24]) Cosack, Bd. I, § 80, Beispiel I, S. 172; v. Tuhr, Bd. II, 1, § 59, N. 45, S. 341; Seufferts Arch., Bd. 64, S. 98; Planck-Flad, Bd. I, § 107, I, 3 d, S. 244.

[25]) Vgl. oben S. 54.

§ 16 a.

Neben dieser Einigung über den Eigentumsübergang erfordert die Übereignung nach § 929 noch die in der Besitzverschaffung bestehende[1]) Übergabe der Sache an den Erwerber. —

Der Besitz ist das tatsächliche Herrschaftsverhältnis über die Sache, das originär oder derivativ mit Willen des Vorbesitzers im Wege der Übergabe herbeigeführt werden kann.

Der originäre Besitzerwerb ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung[2]). Denn das Begriffsmerkmal des Rechtsgeschäfts bildet der auf den rechtlichen Erfolg der Handlung gerichtete Wille des Handelnden[3]).

Zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache ist zwar auch ein Wille erforderlich. Ebenso wie nach § 856 Abs. II der Besitz durch einen nur vorübergehenden Verlust der tatsächlichen Gewalt nicht beendigt wird, kann er auch durch eine nur vorübergehende Erlangung derselben nicht begründet werden. Ob eine Sachberührung auf die Dauer angelegt ist, läßt sich aber nur nach der Willensrichtung des Besitzerwerbers beantworten. „Nur der Geist, der Wille kann für die Zukunft sorgen"[4]).

Ist also ein Wille zur Herstellung der Sachherrschaft auch stets erforderlich[5]), so treten doch die Rechtsfolgen des Besitzes nicht auf Grund des auf sie gerichteten Willens des Erwerbers, sondern unabhängig von diesem ex lege mit der Verwirklichung des gesetzlich vorgeschriebenen äußeren Tatbestands der Handlung ein. Habe ich die tatsächliche Herrschaft erlangt, die Sache in meine tatsächliche Gewalt gebracht, so bin ich Besitzer und genieße den Besitzschutz des Gesetzes, ohne daß mein Wille auf diese Folgen gerichtet zu sein, ohne daß ich von ihnen zu wissen brauchte[6]).

Ist demnach der Besitzerwerbswille lediglich auf das tatsächliche Haben der Sache gerichtet, so ist die Besitzfähigkeit eine rein tatsächliche Fähigkeit, die mit der Geschäftsfähigkeit nichts zu tun

---

[1]) Motive, Bd. III, S. 334; Jeroschewitz, S. 90; F. Leonhard, Vertretung, S. 57; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 66, I, 1, S. 199; Endemann, Bd. 2, 1, § 80, 3, S. 521; Ortlieb, S. 27/8; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 929, III, 1, S. 441; Kohler, Vertrag, S. 2.

[2]) Hierüber ist sich die herrschende Lehre einig. Vgl. insbes. Manigk, Begriff des RG., S. 280/1. — a. A. wohl nur Kohler, Vertrag, S. 79.

[3]) Vgl. oben S. 18; Breit, S. 127.

[4]) Dernburg, Bd. III, § 17, 1, S. 62; Jeroschewitz, S. 92, 98; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 10, II, S. 30.

[5]) Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 854, I, 2b, S. 21; RGRKom. Bd. III, § 854, 3, S. 7; Otto Gierke, Bd. II, § 115, II, S. 228; Endemann, Bd. II, 1, § 34, 1b, S. 175; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 10, II, III, S. 30; Windscheid-Kipp, Bd. I, § 155, N. e, S. 786/7; Bruns, S. 55 ff.; Manigk, WE., S. 655 ff.

[6]) Jeroschewitz, S. 93; Manigk, RG., S. 356; Dittenberger, S. 97.

hat[7]), so daß auch das Kind Besitz erwerben kann, sofern sein natürlicher Wille soweit entwickelt ist, daß es dieses tatsächliche Verhältnis rein physisch herzustellen imstande ist und auch tatsächlich herstellt[8]).

An dieser tatsächlichen Richtung des Besitzerwerbswillens vermag auch die derivative Natur des mit Willen des Vorbesitzers erfolgenden Übergabeerwerbs nichts zu ändern[9]). Wie der Wille des Besitzerwerbers und der Wille des Vorbesitzers jeder für sich allein lediglich auf das tatsächliche Haben der Sache durch den Erwerber gerichtet ist, so bezieht sich auch die Vereinigung beider Willen nur auf dieses tatsächliche Herrschaftsverhältnis, ist „der Kern der sogenannten Einigung bei der Besitzübertragung lediglich das mit dem Willen des Vorbesitzers beim Erwerber hergestellte Gewaltverhältnis“[10]). Treffend führt Manigk die Gegenansicht, die im derivativen Besitzerwerb im Gegensatz zum originären ein Rechtsgeschäft erblickt[11]), mit dem Hinweis ad absurdum, daß es praktisch geradezu unsinnig wäre, wollte man dem Kinde nur den originären Besitzerwerb gestatten, den selbständigen derivativen Erwerb aber verbieten[12]). Im Gegenteil sollte man die Geschäftsunfähigen eher zum derivativen als zum originären Besitzerwerb zulassen. Denn bei ihm muß der Vorbesitzer zustimmen, besteht infolgedessen die Möglichkeit, daß dieser das erwerbende Kind noch unterstützt.

Wir sehen somit auch im derivativen Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft und lassen ihn infolgedessen durch das Kind selb-

---

[7]) Manigk, WE., S. 654 ff., 656 ff., 675 ff.; Planck-Strecker, Bd. III, § 854, 2, S. 38; Breit, S. 236, 242.

[8]) Jeroschewitz, S. 92; F. Leonhard, Vertretung, S. 70; Breit, S. 242 ff. mit Literaturangabe S. 245; Dittenberger, S. 96, 102; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 854, I, 2 c, S. 22; RGRKomm., Bd. III, § 854, 3, S. 8; Manigk, WE., S. 656; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 10, III, 2, S. 30; Motive, Bd. III, S. 85; Oertmann, Bd. I, § 105, 1 a γ, S. 343; im Ergebnis hält auch Kniep das Kind für besitzerwerbsfähig. Er geht aber S. 91 ff. davon aus, daß hier ein Besitzerwerb ohne Willen vorliegt. Ebenso Strohal, S. 75; Biermann, Sachenrecht, § 854, 4, S. 12.

[9]) So auch Jeroschewitz, S. 95/6; Dittenberger, S. 99 N. 4; Breit, S. 248/9; Manigk, RG., S. 204.

[10]) Jeroschewitz, S. 96; ebenso Manigk, WE., S. 659 ff., 691 ff.; Cosack-Mitteis, Bd. II, 1, § 7, I, 1, S. 25.

[11]) u. a. Stöver, S. 169 ff.; für die Regel auch Przibilla, S. 327.

[12]) Müßte sich doch dann der Geschäftsfähige, der den Besitzerwerb durch das Kind ermöglichen wolle, der List bedienen, daß er den Gegenstand zunächst fortwirft, d. h. seinen Besitz aufgibt, und es dann dem Kinde überläßt, ob es originär die Besitzergreifung vornimmt. Erst wenn das geschehen, hätte das Kind endlich Besitz erworben, Manigk, RG., S. 204/5; WE., S. 692 N. 808; Jeroschewitz, S. 95/6; ebenso Dittenberger, S. 101; diese Begründung ablehnend, aber das Kind zum Übergabeerwerb zulassend auch Breit, S. 249.

ständig vornehmen, soweit es den zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erforderlichen Grad von Willenskraft und Einsicht besitzt.

In welchem Alter die tatsächliche Willensbildung des Kindes soweit entwickelt ist, läßt sich allgemein nicht bestimmen. Den Säugling wird man jedenfalls als völlig willensunfähig ansehen müssen. Erst einem dreijährigen Kind wird man einen Begriff über das tatsächliche Haben zusprechen können, und auch ihm nur in bezug auf seine Spielsachen[13]), die in seinem Herrschaftsbereich stehen, und die es, wie die Erfahrung lehrt, um keinen Preis der Welt herauszugeben gesonnen ist.

Stimmt man hierin mit uns überein, so wird für das insoweit besitzerwerbsfähige Kind die beim Realgeschäft bestehende Möglichkeit des „persönlichen Auseinanderfallens" von corpus und animus von Bedeutung. Wie allgemein beim Realgeschäft das Realerfordernis zwischen A und C, die Einigung aber zwischen A und B erfolgen kann[14]), so kann auch bei der Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache animus zwischen dem Schenker und dem Vater bezw. dem Vormund des Kindes, corpus aber zwischen Schenker und dem hierzu fähigen Kind selbst erfolgen.

Die Handschenkung etwa von Spielsachen an das geschäftsunfähige Kind kommt also dadurch zustande, daß der Schenker mit dem gesetzlichen Vertreter des Kindes bezw. dieser, wenn er selbst schenkt, mit sich selbst als Vertreter die dingliche Einigung abschließt und den Besitz an der Sache dem Kinde selbst verschafft. Übergibt schließlich der Dritte die Sache unmittelbar dem Kind, dann ist die Wirksamkeit der Schenkung in der Schwebe, bis das Übereignungsangebot dem gesetzlichen Vertreter nach § 131 zugeht und dieser zur Annahme oder Ablehnung schreitet.

§ 16 b.

Wie gestaltet sich aber die Rechtslage, wenn das Kind den zur Begründung des Gewaltverhältnisses erforderlichen natürlichen Willen noch nicht hat, wie z. B. der völlig willensunfähige Säugling oder das dreijährige Kind hinsichtlich irgendwelcher Wertgegenstände? An ihnen kann das dreijährige Kind, an nichts kann

---

[13]) Breit, S. 242; Dittenberger, S. 96; Planck-Strecker, Bd. III, § 854, 2, S. 38; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 854, I, 2 c, S. 22; Manigk, WE., S. 656; Oertmann, Bd. I, § 105, 1 a γ, S. 343, der zwar ausdrücklich nur das fünf- bis sechsjährige Kind erwähnt, diesem aber die natürliche Willensfähigkeit auch schon in bezug auf bares Geld zuspricht. (?)

[14]) Manigk, RG., S. 151; Enneccerus, RG., Bd. II, S. 504 ff.; Ortlieb, S. 5, 28, 39; Bekker, § 95, Beilage III, A, a, S. 103; Lotmar, S. 97 ff.; speziell bezüglich des Darlehns vgl. auch Schloßmann, Stellvertretung. S. 222, Fußnote.

der Säugling selbst Besitz erwerben[1]). Kann ihn vielleicht der gesetzliche Vertreter wie bei der dinglichen Einigung auch im Besitzerwerb vertreten?

Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen. Denn als Merkmal des Vertretungsbegriffs haben wir den rechtsgeschäftlichen Vertretungswillen des Vertreters erkannt: die Richtung der Geschäftswirkungen auf die Person des Vertretenen muß von dem Vertreter gewollt sein[2]). Infolgedessen ist eine Vertretung im Sinne der §§ 164 ff. nur bei Rechtsgeschäften möglich. Der Besitzerwerb ist aber, wie wir gesehen haben, kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung. Mithin ist bei ihm für eine rechtsgeschäftliche Vertretung kein Raum[3]).

Die Voraussetzungen des Besitzerwerbs durch Dritte ergeben sich vielmehr lediglich aus den Sondervorschriften des Sachenrechts.

Da ist zunächst die Funktion des Besitzdieners, der nach § 858 als unselbständiger Inhaber das tatsächliche Gewaltverhältnis für den Besitzerwerber begründet. Alles was der Besitzdiener im Rahmen der ihm zugewiesenen Verrichtungen erwirbt, tritt sogleich in den unmittelbaren Besitz seines Herrn. Voraussetzung der Besitzdienerschaft ist aber, daß sich der Diener in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis von seinem Herrn befindet[4]). Das Verhältnis des Kindes zu seinem Vater oder Vormund ist aber gerade das Gegenteil eines solchen der Herrschaft[5]): selbständig ist der Vater, das Kind ist abhängig von ihm. §§ 1617, 1626.

Ein unmittelbarer Besitzerwerb des Kindes durch seinen gesetzlichen Vertreter als Besitzdiener findet also nicht statt.

---

[1]) Manigk, WE., S. 656; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 854, I, 2 c, S. 22; Planck-Strecker, Bd. III, § 854, 2, S. 38/9 mit Literaturangabe. — a. A. Förtsch, S. 546.

[2]) Vgl. oben S. 27.

[3]) Siehe hierzu ausführlicher Jeroschewitz, S. 90 ff., 95: Manigk, RG., S. 356 ff., vgl. auch S. 200 ff.; WE., S. 656, 677, 694; v. Tuhr, Bd. II, 2, § 84, VII, S. 372; Planck-Flad, Bd. I, § 164, 5 a, S. 434; Staudinger-Riezler, Bd. I, Vorb. 9 vor § 164, S. 682; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 854, IV, Ziff. 6, S. 29; Biermann, Sachenrecht, § 855, 4 a, S. 17; RGRKom. Bd. III, § 854, 5, S. 9; Endemann, Bd. II, 1, § 38, N. 7, S. 210, § 38, 2 und N. 15, S. 211/2; Strohal, S. 70; Bruns, S. 34, 84 ff. — a. A.: Przibilla, S. 327 ff., S. 353, der eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. zumindest auf den derivativen Besitzerwerb zuläßt. Ebenso Kniep, S. 230; Kohler, Vertrag, S. 79.

[4]) Jeroschewitz, S. 102; Przibilla, S. 348 mit Literaturangabe; Bruns, S. 144 ff.; Strohal, S. 8; F. Leonhard, Vertretung, S. 63 ff.; Last, S. 103 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 6, III, S. 19, 20: „Anschauungsform der Besitzdienerschaft ist Befehl und Gehorsam."

[5]) F. Leonhard, Vertretung, S. 62; Przibilla, S. 359; Biermann, Sachenrecht, § 868, 4, S. 48/9; Förtsch, S. 548.

Das Gesetz bietet uns aber in der Bestimmung des § 868 noch eine andere Art des Besitzerwerbs durch Dritte.

Nach dieser Vorschrift ist für den Fall, daß jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, besitzt, auch dieser andere — sogenannte mittelbare Besitzer — Besitzer der Sache.

Dieser mittelbare Besitz ist insofern wahrer Besitz, als er die durch den unmittelbaren Besitz eines anderen vermittelte tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache darstellt[6]). Durch den seinen Kern bildenden, aus dem Besitzmittlungsverhältnis entspringenden Herausgabeanspruch[7]) gegen den unmittelbaren Besitzer hat der mittelbare Besitzer die Sache, um mit einem Bilde Cosacks zu sprechen, „an der Leine“[8]), sodaß ihm eine gewisse tatsächliche Herrschaft über die Sache nicht abgesprochen werden kann[9]). Infolgedessen sind wir mit der herrschenden Lehre der Ansicht, daß dem gesetzlichen Erfordernis der Übergabe der Sache an den Erwerber auch dann genügt ist, wenn der Erwerber durch die Übergabe an eine Mittelsperson mittelbaren Besitz nach § 868 erlangt[10]).

Die herrschende Lehre ist sich aber auch darin einig, daß das kraft Gesetzes zwischen Vater bzw. Vormund und Kind bzw. Mündel bestehende familienrechtliche Verhältnis unter die „ähnlichen Verhältnisse“ des § 868 fällt[11]).

---

[6]) Planck-Strecker, Bd. III, § 868, 2, S. 82.

[7]) Strohal, S. 18, 59; Kniep, S. 165; Jeroschewitz, S. 122.

[8]) Cosack-Mitteis, Bd. II, 1, § 9, II, 3, S. 31.

[9]) Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 795; Otto Gierke, Bd. II, § 114, III, 5, S. 220; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 868, IV a, S, 74; Dernburg, Bd. III, § 13, 3, S. 54 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 8, III. S. 27/8; Crome, Bd. III, § 345, S. 30; Bruns, S. 155 mit Literaturangabe; Jeroschewitz, S. 113, 122. — a. A. Biermann, Sachenrecht § 868, 1 c, S. 45 mit Literaturangabe.

[10]) So auch u. a.: Jeroschewitz, S. 109 ff., 115; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 929, IV, 2 b β, S. 447 mit Literaturangabe; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 66, I, 1 b, S. 200; Planck-Strecker, Bd. III, § 929, 5, S. 365; Biermann, Sachenrecht, § 929, 2 a, S. 199; Dernburg, Bd. III, § 100, II, 1, S. 341 ff.; Crome, Bd. III, § 400, IV und N. 34, S. 314; Bruns, S. 76; Regelsberger, Besitzerwerb, S. 426; Rümelin i. Arch., S. 262. — a. A. F. Leonhard, Vertretung, der auf S. 57/8 im Gegensatz zu S. 70/1, wo er dem mittelbaren Besitz wahre Besitznatur zuspricht, die Ansicht vertritt, unter Übergabe sei Verschaffung nur des unmittelbaren Besitzes zu verstehen. Hiergegen besonders Jeroschewitz, S. 109 ff.; wie F. Leonhard auch Endemann, Bd. II, 1, § 80, 3, S. 521.

[11]) Otto Gierke, Bd. II, § 114 N. 38, S. 219; Reichel, Festschrift, S. 111 mit Literaturangabe in N. 3; Ewald, S. 1048 i. Verb. m. 1045; Rhode, S. 20/1;

Zu der Sorge für das Vermögen des Kindes, zu welcher der Vater mit Ausnahme der in § 1638 geregelten Fälle nach § 1627 kraft seiner elterlichen Gewalt berechtigt und verpflichtet ist, ist in der Regel eine Inbesitznahme der das verwaltungsgebundene Vermögen des Kindes ausmachenden Sachen erforderlich. Auch insoweit dem Vater nach § 1649 die Nutznießung am Vermögen des Kindes zusteht, ist er zum Besitz berechtigt[12]). Endigt aber die elterliche Gewalt des Vaters oder ruht sie oder hört seine Vermögensverwaltung aus einem anderen Grunde auf, so hat er nach § 1681 dem Kinde das Vermögen herauszugeben. — Dasselbe hat entsprechend vom Vormund des Kindes zu gelten. Nach § 1793 hat er das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen. Kraft dieses seines Verwaltungsrechts ist er, ohne daß das Gesetz dieses Recht mit Rücksicht darauf, daß der Vormund der gesetzliche Vertreter des Mündels ist, ausgesprochen hätte, berechtigt, die zum Vermögen des Kindes gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. In diesem Sinne setzt § 1890 den unmittelbaren Besitz des Vormunds an den Sachen des Mündels voraus, wenn er bestimmt, daß der Vormund nach Beendigung seines Amtes dem Mündel das verwaltete Vermögen herauszugeben habe. —

Macht also der Vater oder der Vormund von diesem seinem Recht der Inbesitznahme Gebrauch, nimmt er die zum nicht freien Vermögen des Kindes gehörigen Sachen in seinen unmittelbaren Besitz, so macht er damit das Kind zum mittelbaren Besitzer[13]),

---

F. Leonhard, Vertretung, S. 62; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 868, III, 2 d, S. 72; RGRKom. Bd. III, § 868, 3, S. 24; Cosack-Mitteis, Bd. II, 1, § 36, 4 a, S. 148; Kniep, S. 115, 164, 166; RGZ. Bd. 94, S. 342, Bd. 98, S. 134: „Ein „ähnliches Verhältnis" kann auch kraft Gesetzes entstehen."

[12]) Eine ausdrückliche dahingehende Vorschrift enthält das Gesetz zwar nicht. Den Kommissionsberatungen lag aber zu § 1520 der Antrag vor, die Bestimmung aufzunehmen, daß der Vater zum Besitz der Sachen berechtigt sei, die zu dem seiner Nutznießung unterliegenden Vermögen des Kindes gehören. Die Kommission beanstandete aber diesen Vorschlag, weil sie es für unnötig hielt, dies zum Ausdruck zu bringen. Prot. II. Lesung, Bd. IV, S. 575; s. auch Planck, Bd. IV, § 1627, 4, S. 480; Staudinger-Engelmann, Bd. IV, 2 Vorb. 3 d vor § 1638, S. 1041.

[13]) OLG. Celle in OLGE. Bd. 4, S. 148; Otto Gierke, Bd. II, § 114 N. 31, S. 217, § 133, III, S. 547; Przibilla, S. 359 und N. 2 a. a. O.; F. Leonhard, Vertretung, S. 62; Planck-Strecker, Bd. III, § 868, 2, S. 87; Dernburg, Bd. III, § 14, 6, S. 57/8; Endemann, Bd. II, 1, § 31, 2 d, S. 159; Biermann, Sachenrecht, § 868, 4, S. 48/9; Ewald, S. 1048 i. V. m. 1045. — a. A. Förtsch, S. 545 ff., nach welchem alle gesetzlichen Vertreter überhaupt nicht Besitzer sind, vielmehr den Besitz der vertretenen Personen, welche allein die Besitzer seien, betätigen. Hiergegen u. a. Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 854, IV, 3, S. 27/8; Rhode, S. 22; Kniep, S. 50 ff.

sofern auch sein Wille auf die Besitzvermittlung gerichtet ist[14]). Denn nach § 868 muß der Besitzmittler den Besitz in seiner Eigenschaft a l s Pächter, Mieter, Verwahrer usw. ergreifen. Eine solche Besitzergreifung „als" Pächter usw. setzt aber einen auf diese Stellung gerichteten Willen voraus.

In der Regel ist zwar daneben auch noch der auf die Besitzvermittlung gerichtete Wille des Erwerbers notwendig[15]). Eine Ausnahme von diesem Erfordernis besteht nur, wenn, wie in unserem Fall der gesetzlichen Vertretung, die Besitzvermittlung durch den Vater bzw. den Vormund kraft Gesetzes eintritt[16]). Denn hier ist ja ein rechtlich in Betracht kommender Wille des Vertretenen nicht vorhanden, ist ja doch die gesetzliche Vertretung gerade dazu bestimmt, den fehlenden Willen des Kindes zu ersetzen.

An weitere Voraussetzungen als die angeführten: unmittelbaren Besitzerwerb durch den Vater bzw. Vormund und deren auf die Besitzvermittelung gerichteten Willen — ist der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch das Kind nicht geknüpft. Insbesondere sagt § 868 nichts von einem bestimmten Auftreten des Besitzmittlers nach außen[17]). Das Offenheitsprinzip des § 164 findet auf § 868 keine Anwendung[18]).

§ 17.

Schließlich sei noch die Rechtslage geklärt, die sich hinsichtlich der Übergabe der Sache bei der Handschenkung des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind ergibt, das als Säugling selbständig überhaupt noch keinen Besitz oder im Alter von drei Jahren noch keinen Besitz an Wertgegenständen erwerben kann.

---

[14]) Für das Erfordernis des Willensmoments beim Besitzmittler auch Jeroschewitz, S. 123 ff.; Bruns, S. 166 ff.; Dernburg, Bd. III, § 20, III, S. 73; Last, S. 86, 97; RGZ. Bd. 98, S. 133. — a. A. F. Leonhard, Vertretung, S. 70; Przibilla, S. 348 N. 3; Rhode, S. 30 ff., ebenso schaltet Endemann, Bd. II, 1, § 38, 2, S. 212, das Willensmoment aus und stellt die Besitzmittlung auf das objektive Vorliegen eines Rechtsverhältnisses ab. Ebenso Biermann, Sachenrecht, § 868, 6 b, S. 50.

[15]) Jeroschewitz, S. 123 ff.; Dernburg, Bd. III, § 20, III, S. 73; Last, S. 85, 97; Przibilla, S. 345; Bruns, S. 164/5; Planck-Strecker, Bd. III, § 868, 4 a, S. 88.

[16]) Przibilla, S. 346; Bruns, S. 165 N. 3; RGZ. Bd. 98, S. 135.

[17]) Jeroschewitz, S. 125; Bruns, S. 167 ff.; Endemann, Bd. II, 1, § 38, 2 b, S. 213; RGZ. Bd. 11, S. 128 — a. A. Biermann, Sachenrecht, § 868, 6 b, S. 49 und dort angegebene Literatur.

[18]) a. A. Przibilla, S. 332 — hiergegen Biermann, Sachenrecht, § 868, 6 b, S. 49; Endemann, Bd. II, 1, § 38, 2 b, S. 213; Bruns, S. 167 ff.

In diesem Falle ist der schenkende Vater bzw. Vormund der im unmittelbaren Besitz der Sache befindliche Eigentümer derselben. Nach § 930 kann für diesen Fall die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

Das kraft Gesetzes zwischen dem Vater bzw. dem Vormund und seinem Kind bzw. Mündel bestehende familienrechtliche Verhältnis ist als besitzmittelndes Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 anerkannt. Zweifel gegen die Anwendung des § 930 bestehen für unseren Fall nur insoweit, als hier das besitzvermittelnde Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht vereinbart ist, sondern als Ausfluß der gesetzlichen Vertretung kraft Gesetzes entsteht.

Von gewichtiger Seite wird diesem Umstand keine Bedeutung beigemessen und die Ansicht vertreten, daß ein unmittelbar auf Gesetz beruhendes, ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis wie das zwischen Vormund bzw. Inhaber der elterlichen Gewalt und Mündel bzw. Kind einem „vereinbarten" Rechtsverhältnis im Sinne des § 930 gleichzustellen sei, also für die Anwendung dieser Vorschrift ausreiche[1]).

Dem wird aber mit Recht entgegengehalten, daß das Nutznießungsrecht des Vaters und sein und des Vormunds Verwaltungsrecht am Kindesvermögen erst die gesetzliche F o l g e des Eigentumsübergangs auf das Kind ist und daher nicht zugleich dessen U r s a c h e sein kann[2]). Diese Ansicht begnügt sich daher zur Anwendung des § 930 nicht mit dem kraft Gesetzes eintretenden Besitzmittelungsverhältnis, sondern fordert wenigstens mittelbar eine Vereinbarung der Parteien über ein Rechtsverhältnis insofern, als die Beteiligten die gesetzliche Rechtsfolge von Anfang an im Auge gehabt und übereinstimmend in ihren Willen aufgenommen haben müssen[3]). Denn, so sagt diese Lehre[4]), § 930 erfordere nicht mehr, als daß die Beteiligten über den Rechtsgrund, aus dem der unmittelbare Besitz beim Veräußerer bleiben soll, einig seien. Den Rechtsgrund, aus dem der unmittelbare Besitz beim schenkenden Vater bzw. Vormund verbleibt, bildet aber

---

[1]) So u. a.: Biermann, Sachenrecht, § 930, 1 c, S. 203; Enneccerus-Kipp-W o l f f, Bd. III, § 67, I, 5, S. 206; Reichel i. Gruch. S. 359, Festschrift, S. 111; Last, S. 99 ff. — auch Crome, der in Bd. III, § 379, 2 c γ, S. 205, als Beispiel für den Abschluß des Besitzkonstituts gerade das gesetzliche Mittlungsverhältnis des Vormunds erwähnt. Ohne eigene Stellungnahme Dernburg, Bd. III, § 101 N. 9, S. 344 — a. A. Warneyer, Bd. II, § 930, II, S. 171.

[2]) So vor allem: Ewald, S. 1046; insoweit richtig auch OLG. Breslau i. OLGE. Bd. 8, S. 112.

[3]) RGZ. Bd. 108, S. 124; Staudinger, Bd. III, 1, § 930, 1 b, C, S. 460. — Hiergegen RGRKom. Bd. III, § 930, 5, S. 260.

das kraft Gesetzes aus dem Verwaltungsrecht des Vaters bzw. Vormunds am Kindesvermögen entspringende Recht des gesetzlichen Vertreters zur Inbesitznahme der Sachen des Kindes. Sind sich also Vater bzw. Vormund und Kind bzw. Mündel neben der dinglichen Willenseinigung über den Eigentumsübergang von vornherein darüber einig, daß der Vater bzw. der Vormund den bisher in seinem Eigentum stehenden Gegenstand von nun ab nur noch kraft seines väterlichen oder vormündlichen Verwaltungsrechts für das erwerbende Kind besitzen solle, so entsteht im unmittelbaren Anschluß an den Eigentumsübergang kraft Gesetzes das Verwaltungsrecht des Vaters bzw. des Vormunds[5]).

Nun kann freilich das Kind selbst bei dieser Vereinbarung nicht mitwirken. Es kann dies nur der gesetzliche Vertreter für das Kind. Trifft er aber als veräußernder Eigentümer mit sich als Vertreter des erwerbenden Kindes diese „mittelbare" Vereinbarung, so tritt er auch hier wieder als Selbstkontrahent auf[6]). Das Selbstkontrahieren des Vertreters ist aber neben der „Erfüllungsausnahme" nach § 181 auch dann zulässig, wenn es ihm gestattet ist. Gestattet ist aber dem gesetzlichen Vertreter nach unserer Theorie das Selbstkontrahieren dann, wenn der Vertretene durch das Selbstkontrahierungsgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Durch die mit sich selbst im Sinne des § 930 getroffene Vereinbarung seines Vertreters erlangt das vertretene Kind mittelbaren Besitz an der Sache. Dieser mittelbare Besitzerwerb ist insofern rechtlich lediglich vorteilhaft für das Kind, als es hierdurch einen Herausgabeanspruch gegen seinen unmittelbar besitzenden Vertreter erlangt[7]).

Also ist die Vereinbarung des Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 930 nach unserer Lehre im Wege des Selbstkontrahierungsgeschäfts durch den gesetzlichen Vertreter möglich.

---

[4]) Ewald, S. 1046; RGZ. Bd. 108, S. 124; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. III, § 67, I, 5, S. 206.

[5]) Ewald, S. 1046/8; Planck-Strecker, Bd. III, § 930, 3, S. 368.

[6]) Last, S. 100 ff.; Staudinger-Kober, Bd. III, 1, § 930, 4b, S. 463; Planck-Strecker, Bd. III, § 930, 6, S. 372.

[7]) Vgl. oben S. 64.

IV. Abschnitt.

§ 18.

Wir sind zu dem Ergebnis gelangt, daß

1. die Annahme des obligatorischen Schenkungsangebots,
2. die Annahme der dinglichen Übereignungsofferte,
3. der im Sinne von § 929 zur Übergabe ausreichende mittelbare Besitzerwerb

lediglich vorteilhafte Rechtsgeschäfte im Sinne des § 107 sind.

Die Tatsache, daß der Gesetzgeber in § 181 die Gestattungsausnahme auch für den gesetzlichen Vertreter aufgestellt hat[1]), ihre Sinnlosigkeit, wollte sie sich nur auf gesetzlich bestimmte Ausnahmen beschränken[2]), die den § 181 mit dem Gedanken des § 107 verbindende ratio[3]), die Eigenschaft des § 181 als Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatz[4]) in Verbindung mit dem vom Gesetz verfolgten Prinzip der Verkehrsfreiheit[5]): — all diese Umstände zusammen deuten darauf hin, daß der Gesetzgeber auf dem Umweg über die Gestattungsausnahme die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens insoweit, als es wie bei der Schenkung ohne Schädigung des Vertretenen möglich ist, hat ausdehnen wollen[6]).

Selbst die Gegner dieser Meinung müssen zugeben, daß ein absoluter Ausschluß des Selbstkontrahierens dem Interesse des Vertretenen, dem die Vorschrift des § 181 zu dienen bestimmt sei, entschieden widerspricht[7]). Kann einmal in Anbetracht der aus dem Verkehrsbedürfnis heraus aufgestellten Gestattungsausnahme von einem solchen „absoluten" Ausschluß des Selbstkontrahierens keine Rede sein, so stehen wir nicht an, dem Gesetzgeber eine solche Inkonsequenz zuzutrauen. Er hat mit der Vorschrift des

---

[1]) Vgl. oben S. 44.

[2]) Vgl. oben S. 48.

[3]) Vgl. oben S. 54.

[4]) Vgl. oben S. 51, 52.

[5]) Vgl. oben S. 49, 52.

[6]) So auch im Ergebnis Bodenheim, S. 456: „Das Verbot gilt nicht, wenn die Gestattung des Gegenteils sich aus den Umständen, dem Zweck der in Frage stehenden Rechtshandlung ergibt."

[7]) z. B. Siebert, S. 23/4; Muskat, S. 523 ff.; Hupka, S. 343.

§ 181 dem Interesse des Vertretenen dienen wollen — und trotzdem soll er das gerade dem Interesse des Vertretenen dienende Rechtsgeschäft der auflagefreien Schenkung an das Kind nicht haben zulassen wollen? „Die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens reicht naturgemäß nicht weiter als ihr rechtspolitischer Zweck. Besteht dieser nun einmal darin, eine Benachteiligung des Vertretenen zu verhüten, so ist eine solche von vornherein ausgeschlossen, wenn der Vertretene einen lukrativen Erwerb macht. Auch nicht der Schatten eines Grundes ist dafür zu finden, warum dem Vertreter verwehrt sein soll, durch Vertrag mit sich selbst dem Vertretenen etwas unentgeltlich zuzuwenden[8])."

Gewiß geben wir auf der anderen Seite zu, daß die Zulassung des Selbstkontrahierens des gesetzlichen Vertreters bei Schenkungen an das von ihm vertretene Kind in einzelnen Fällen, besonders wenn es sich um hohe Werte handelt, auch unlauteren Absichten dienen kann. Das kann jedoch kein Grund für einen grundsätzlichen Ausschluß derartiger Geschäfte sein. „Es wird im Recht immer so bleiben, daß die gute Waffe auch der argen Hand Dienste leisten kann[9])." Im übrigen gewährt das Gesetz gegen derartige Ausnutzung genügende Sicherung in seiner Bestimmung des § 138 und in der Anfechtungsmöglichkeit nach dem Anfechtungsgesetz.

Bietet also auch dieser Gesichtspunkt der herrschenden Lehre keine Unterstützung, so muß sie im übrigen als allzu formalistisch in vollem Umfang abgelehnt werden.

Entgegen der herrschenden Lehre i s t die Schenkung des gesetzlichen Vertreters an das von ihm vertretene Kind auf Grund der Gestattungsausnahme des § 181 als z u l ä s s i g anzusehen.

---

[8]) Reichel, Festschrift, S. 112.

[9]) Manigk, WE., S. 213.

Lebenslauf.

Am 3. März 1904 wurde ich, Hans-Georg Hornemann, evangelisch, als Sohn des Ziegeleibesitzers Fritz Hornemann und seiner Ehefrau Helene, geb. Martini, in Deetz a. d. Havel, Kreis Zauch-Belzig, geboren.

Nach Absolvierung der Vorschule besuchte ich das humanistische Gymnasium und bestand Ostern 1922 auf der Kaiser-Friedrich-Schule zu Berlin-Charlottenburg das Abiturientenexamen.

Darauf studierte ich ein Semester in Berlin, drei Semester in Marburg und nochmals drei Semester in Berlin Rechts- und Staatswissenschaften. Nachdem ich am Kammergericht die erste juristische Prüfung bestanden hatte, wurde ich am 7. Oktober 1926 zum Referendar ernannt. Meine Referendarausbildung genoß ich im Bezirk des Landgerichts I Berlin und am Kammergericht. Am 12. August 1930 bestand ich die große juristische Staatsprüfung und wurde am 18. August 1930 zum Gerichtsassessor ernannt.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg am 3. Dezember 1932.